



Trimestrale diretto da Fausto Capelli

2009

Editoriale Scientifica



DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *F. Capelli*

INDICE 2009

ARTICOLI

- Miriam Immediato* - Il Trattato di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di fronte al Parlamento italiano Pag. [689](#)
- Luigi Maccaroni* - Insolvenza transfrontaliera dei gruppi, libertà di stabilimento delle società e abuso del diritto nell'ordinamento comunitario » [1](#)
- Roberto Mastroianni* - L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana » [437](#)
- Cinthia Pinotti* - I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale » [211](#)
- Nicola Ruccia* - Le privatizzazioni delle imprese pubbliche ed il rispetto dei principi funzionali alla realizzazione del mercato interno » [663](#)

COMMENTI

- Enrica Adobati* - Le direttive comunitarie, per poter dispiegare efficacia diretta nei confronti dei singoli, devono essere prima recepite nell'ordinamento interno di uno Stato membro Pag. 101
- Ilaria Anrò* - La formazione giudicante monocratica nella giurisdizione comunitaria » 319
- Fausto Capelli* - Lo Stato italiano si appiattisce su una comunicazione della Commissione europea, impedendo alle imprese di far valere i propri diritti davanti ai giudici nei procedimenti nazionali di recupero degli aiuti di Stato avviati nei loro confronti » 145
- Fausto Capelli* - Considerazioni giuridiche sull'ammissibilità e sulla portata di Codici di condotta elaborati da associazioni di medici professionisti con riferimento ai prodotti alimentari » 383
- Fausto Capelli* - La registrazione dell'Indicazione Geografica Protetta «Aceto Balsamico di Modena» e i tentativi deliberatamente messi in atto sia per ostacolarla sia per circoscriverne gli effetti e la portata » 573
- Fausto Capelli* - Evoluzione del ruolo dell'etichettatura degli alimenti: dalle proprietà nutritive agli effetti sulla salute, alla luce della proposta di nuovo regolamento sull'informazione al consumatore di prodotti alimentari » 835
- Marina Castellaneta* - Libera circolazione delle persone e norme statali sull'attribuzione del cognome » 745
- Francesco Costamagna* - Direttiva "servizi" e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile » 111
- Federico Forni* - La nozione normativa e giurisprudenziale di medicamento in ambito comunitario » 503
- Giacomo Gattinara* - La sentenza *FIAMM* della Corte di giustizia: dalla tutela giurisdizionale alla immunità dalla giurisdizione? » 65
- Annalisa Giansanti* - Gli strumenti utilizzabili nel sistema OMC per contrastare il fenomeno del *dumping* sociale » 361
- Giuseppe Licastro* - L'Accordo di cooperazione Italia-Algeria per contrastare l'immigrazione illegale » 357
- Rossana Palladino* - L'interpretazione della direttiva n. 2004/38/Ce sulla libertà di circolazione dei cittadini nell'Unio-

ne europea ad opera della Corte di giustizia ed i riflessi nell'ordinamento italiano: commento alla sentenza <i>Metock</i>	Pag. 471
<i>Leonardo Pasquali</i> - La sentenza <i>Intertanko</i> e il problema della sindacabilità degli atti delle istituzioni comunitarie alla luce del diritto internazionale	» 43
<i>Francesca Perrini</i> - La legge n. 12/2006 e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano: risultati realizzati e obiettivi da raggiungere	» 339
<i>Maria Francesca Portincasa</i> - La distribuzione di autoveicoli in Europa: quale futuro?	» 601
<i>Flavia Rolando</i> - La nozione di rifiuto nell'ordinamento dell'Unione europea e nell'ordinamento interno: recenti sviluppi	» 721
<i>Renzo Rossolini</i> - La competenza del giudice comunitario per l'annullamento degli atti delle agenzie europee	» 491
<i>Teresa Russo</i> - "Revisione europea" di norme e giudicati interni	» 263
<i>Maria Teresa Stile</i> - Successione di norme extrapenali e fatti-specie incriminatrice: reati in materia di immigrazione e cittadini neocomunitari	» 297
<i>Vincenzo Tinto</i> - La nuova legge sulla elezione dei membri italiani al Parlamento europeo	» 169
<i>Massimiliano Valcada</i> - Una direttiva comunitaria non trasposta nell'ordinamento nazionale non può dispiegare effetti pregiudizievoli nei confronti dei singoli	» 557
<i>Angelo Viglianisi Ferraro</i> - Il danno non patrimoniale e i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione	» 801
<i>Fabrizio Vismara</i> - Note in tema di libertà di stabilimento delle società: commento alla sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06 (il caso <i>Cartesio</i>)	» 235

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Paolo Gori</i> - Quindici anni insieme ad Alberto Trabucchi alla Corte di giustizia delle Comunità europee	» 181

<i>Massimo Manzoni</i> - Aspetti legali dell'acquisto di un appartamento a New York	Pag. 415
<i>Antonio Oddo</i> - Sicurezza dei prodotti e responsabilità per danno da prodotto: artt. 102-127 del Codice del Consumo	» 393
<i>Maria Teresa Stile</i> - Tutela ambientale e responsabilità per danni da inquinamento marino	» 849
<i>Marco Vitale</i> - Cattaneo e il federalismo	» 639

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Profili di incompatibilità della normativa interna sui rifiuti rispetto al diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e delle modifiche normative

Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007 in causa n. C-194/05	
<i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i>	» 715
Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007 in causa n. C-195/05	
<i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i>	» 716
Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007 in causa n. C-263/05	
<i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i>	» 717
Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2008 in causa n. C-188/07	
<i>Commune de Mesquer c. Total France SA, Total International Ltd</i>	» 718
Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008 in causa n. C-283/07	
<i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i> (con commento di <i>Flavia Rolando</i>)	» 719

Diritto internazionale del mare e disciplina comunitaria della sicurezza marittima: condizioni alle quali è subordinato l'esame della validità della normativa comunitaria rispetto alle pertinenti disposizioni di un accordo internazionale

Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2008 in causa n. C-308/06	
<i>The Queen</i> , su istanza di: <i>International Association of Indepen-</i>	

dent Tanker Owners (Intertanko); International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo); Greek Shipping Co-operation Committee; Lloyd's Register e International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport
(con commento di *Leonardo Pasquali*)

Pag. 39

Diritti di un cittadino di un Paese terzo coniugato con una cittadina dell'Unione: normativa comunitaria e disciplina nazionale a confronto

Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2008 in causa n. C-127/08

Blaise Baheten Metock ed altri c. Minister for Justice, Equality and Law Reform

(con commento di *Rossana Palladino*)

» 467

La Corte di giustizia esclude l'efficacia diretta delle norme OMC nell'ordinamento comunitario e afferma la loro inidoneità ad essere parametro di liceità dell'azione delle istituzioni comunitarie

Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2008 in causa n. C-120/06 P

FIAMM et FIAMM Technologies e altri c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea

(con commento di *Giacomo Gattinara*)

» 61

Controllo di legittimità degli atti delle Agenzie europee: individuazione dei meccanismi di tutela giudiziaria

Sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 ottobre 2008 in causa n. T-411/06

Sogelma - Società generale lavori manutenzioni appalti Srl c. Agenzia europea per la ricostruzione (AER), sostenuta da Commissione europea

(con commento di *Renzo Rossolini*)

» 489

Il rifiuto dello Stato membro di cittadinanza di un minore di riconoscere il cognome acquisito nello Stato membro di nascita e residenza del medesimo ostacola la libera circolazione delle persone

Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2008 in causa n. C-353/06

Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul con l'intervento di: Leonhard Matthias Grunkin-Paul, Standesamt Niebüll

(con commento di *Marina Castellaneta*)

» 741

Libertà di circolazione dei prodotti: la Corte di giustizia precisa la nozione di «medicinale»

Sentenza della Corte di giustizia del 16 ottobre 2008 in causa n. C-452/06

The Queen, su istanza di: *Synthon BV c. Licensing Authority of the Department of Health*, con l'intervento di: *SmithKline Beecham plc*

Pag. 499

Sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2009 in causa n. C-140/07

Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg, con l'intervento di: *Vertreterin des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht*

» 500

Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2009 in causa n. C-88/07

Commissione europea c. Regno di Spagna

» 501

Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2009 in causa n. C-27/08

BIOS Naturprodukte GmbH c. Saarland, con l'intervento di: *Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht* (con commento di *Federico Forni*)

» 502

Trasferimento intracomunitario della sede di una società: condizioni alle quali sono ammesse restrizioni alla libertà di stabilimento

Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06

Cartesio Oktató és Szolgáltató bt

(con commento di *Fabrizio Vismara*)

» 229

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Reciproco riconoscimento delle patenti di guida ai sensi della direttiva n. 91/439/Cee

Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2008 in cause riunite n. C-329/06 e n. C-343/06

Arthur Wiedemann (C-329/06) c. Land Baden-Württemberg e Peter Funk (C-343/06) c. Stadt Chemnitz

» 81

È contraria al Trattato Ce una norma nazionale volta a consentire che uomini e donne dipendenti pubblici vadano in pensione in età diverse

Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2008 in causa

n. C-46/07 <i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i>	Pag. 83
Il lavoratore non perde il diritto alle ferie annuali retribuite di cui non ha potuto usufruire per malattia Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2009 in cause riunite n. C-350/06 e n. C-520/06 <i>Gerhard Schultz-Hoff</i> (C-350/06) c. <i>Deutsche Rentenversicherung Bund</i> e <i>Stringer e altri</i> (C-520/06) c. <i>Her Majesty's Revenue and Customs</i>	» 85
La Corte di giustizia stabilisce quando trova applicazione il termine di prescrizione per le irregolarità commesse anteriormente all'entrata in vigore del regolamento n. 2988/95 sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2009 in cause riunite da n. C-278/07 a n. C-280/07 <i>Hauptzollamt Hamburg-Jonas</i> c. <i>Josef Vosding Schlacht-, Kühl- und Zer-legebetrieb GmbH & Co.</i> (C-278/07), <i>Vion Trading GmbH</i> (C-279/07), <i>Ze Fu Fleischhandel GmbH</i> (C-280/07)	» 87
La Corte di giustizia chiarisce quando un diploma consente di accedere ad una professione regolamentata in uno Stato membro Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2009 in causa n. C-311/06 <i>Consiglio Nazionale degli Ingegneri</i> c. <i>Ministero della giustizia, Marco Cavallera</i>	» 89
La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2001/18/Ce sugli organismi geneticamente modificati Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2009 in causa n. C- 552/07 <i>Commune de Sausheim</i> c. <i>Pierre Azelvandre</i>	» 245
La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sulle disparità di trattamento fondate sull'età individuando le ipotesi di licenziamento dei lavoratori per collocamento a riposo Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2009 in causa n. C-388/07 <i>The Queen</i> (su richiesta di) <i>The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England)</i> c. <i>Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform</i>	» 91
Viola i principi della libertà di stabilimento la legge austria-	

ca che subordina l'autorizzazione per l'apertura in Austria di un ambulatorio dentistico autonomo tedesco alla presenza di condizioni non richieste per l'apertura di ambulatori dentistici diversi da quelli autonomi

Sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07

Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung, Oberösterreichische Landesregierung

Pag. 247

Le misure italiane che regolano la fissazione dei prezzi dei medicinali non contrastano con il diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009 in cause riunite da n. C-352/07 a n. C-356/07, da n. C-365/07 a n. C-367/07 e n. C-400/07

A. Menarini Industrie Farmaceutiche Riunite Srl e altri c. Ministero della Salute, Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA)

» 539

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 87/102/Cee sul credito al consumo

Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2009 in causa n. C-509/07

Luigi Scarpelli c. Neos Banca SpA

» 541

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento Ce n. 44/2001 e statuisce che il diritto di sfruttamento della proprietà intellettuale non rientra nella nozione di prestazione di servizi contemplata da tale Regolamento

Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2009 in causa n. C- 533/07

Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst

» 249

La normativa austriaca concernente il prezzo imposto sui libri in lingua tedesca provenienti da altri Paesi membri costituisce una misura di effetto equivalente

Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2009 in causa n. C- 531/07

Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft c. LIBRO Handelsgesellschaft mbH

» 251

Una normativa nazionale che impedisce a soggetti che non hanno il titolo di farmacista di gestire una farmacia non contrasta con il diritto comunitario

Sentenze della Corte di giustizia del 19 maggio 2009 in causa n. C-531/06

Commissione europea c. Repubblica italiana

» 253

Sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 2009 in cause riunite n. C-171/07 e n. C-172/07

Apothekerkammer des Saarlandes e altri c. Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, con l'intervento di DocMorris NV

Pag. 255

La Corte di giustizia si pronuncia sugli effetti giuridici di una clausola abusiva

Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009 in causa n. - 243/08

Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi

» 543

I passeggeri di un volo intracomunitario possono richiedere l'indennizzo forfetario tanto al giudice del luogo di partenza quanto a quello di arrivo dell'aereo in caso di annullamento del volo

Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 2009 in causa n. C-204/08

Peter Rehder c. Air Baltic Corporation

» 545

I coniugi con la doppia cittadinanza nell'Unione europea possono domandare lo scioglimento del matrimonio davanti ai tribunali di uno o dell'altro dei due Stati interessati

Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009 in causa n. C-168/08

Laszlo Hadadi (Hadady) c. Csilla Marta Mesko in Hadadi (Hadady)

» 547

La Corte si pronuncia sull'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di Iva

Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009 in causa n. C-2/08

Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl

» 781

Il diritto comunitario tutela le lavoratrici gestanti

Sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2009 in causa n. C-63/08

Virginie Pontin c. T-Comalux SA

» 783

Una compensazione pecuniaria è riconosciuta ai passeggeri di voli ritardati

Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2009 in cause riunite n. C-402/07 e n. C-432/07

Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon c.

Condor Flugdienst GmbH (causa n. C-402/07) e *Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz c. Air France SA* (causa n. C-432/07)

Pag. 785

La Corte di giustizia precisa i criteri per accedere al tirocinio preparatorio nelle professioni legali

Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2009 in causa n. C-345/08

Krzysztof Peśla c. Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern

» 787

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2005/36/Ce e precisa la nozione di professione regolamentata

Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2009 in causa n. C-586/08

Angelo Rubino c. Ministero dell'Università e della Ricerca

» 790

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

Il caso *Dorigo*: una vicenda processuale sconcertante

Commission Européenne des Droits de l'Homme, Première Chambre - Rapport de la Commission (adopté le 9 septembre 1998) - Requête n. 33286/96

Paolo Dorigo c. Italie

» 257

Sentenza della Corte di cassazione - Sezione I penale - del 1° dicembre 2006-25 gennaio 2007, n. 2800

Procedimento penale a carico di *Paolo Dorigo*

» 258

Sentenza della Corte costituzionale del 16-30 aprile 2008, n. 129

» 259

(con il contributo di *Teresa Russo*)

Adesione della Romania all'Unione europea e reati in materia di immigrazione commessi dai rumeni prima dell'adesione

Sentenza della Corte di cassazione penale, Sezioni Unite, del 16 gennaio 2008, n. 2451

Procedimento penale a carico di *M. P. alias B. P.*

» 295

(con il contributo di *Maria Teresa Stile*)

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione ed i diritti fondamentali, ma non inviolabili, contenuti nella Cedu

Sentenza della Corte di cassazione - Sezioni Unite Civili - del 24 giugno-11 novembre 2008 n. 26972

» 793

(con commento di *Angelo Viglianisi Ferraro*)

Una direttiva comunitaria non recepita non può pregiudicare le posizioni giuridiche dei singoli

Sentenza della Commissione Tributaria Regionale del 9 ottobre 2008-27 gennaio 2009 n. 5/14/09

Agenzia delle Dogane UTF di Milano c. Urai Spa
(con commento di *Enrica Adobati*)

Pag. 95

Una direttiva comunitaria non trasposta nell'ordinamento italiano non può far nascere obblighi a carico dei singoli

Sentenza della Commissione tributaria provinciale di Milano del 19 giugno-30 luglio 2009 n. 300/31/09

Agenzia delle Dogane – Ufficio delle Dogane di Milano 2 c. Urai

(con commento di *Massimiliano Valcada*)

» 551

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ**Ruolo e funzioni del giudice unico all'interno del Tribunale di primo grado**

Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 2 maggio 1991 (art. 11)

(con commento di *Ilaria Anrò*)

» 317

Problematiche relative alla direttiva servizi con riferimento ai servizi di interesse economico generale

Direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno

(con commento di *Francesco Costamagna*)

» 109

L'informazione del consumatore nel settore alimentare: il nuovo indirizzo della Commissione suscita perplessità

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni alimentari ai consumatori (presentata dalla Commissione) - Com(2008)40 def. del 30 gennaio 2008

(con commento di *Fausto Capelli*)

» 829

Ostacoli frapposti alla registrazione dell'IGP «Aceto balsamico di Modena»

Regolamento (Ce) n. 583/2009 della Commissione, del 3 luglio 2009, recante iscrizione di una denominazione nel registro delle denominazioni d'origine protette e delle indicazioni geografiche protette [Aceto Balsamico di Modena (IGP)]

(con commento di *Fausto Capelli*)

» 569

L'impatto del Regolamento di esenzione per categoria sui mercati della vendita al dettaglio di autoveicoli e dei servizi di assistenza

Comunicazione della Commissione del 22 luglio 2009 (Doc Com(2009)388 def.) - Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico
(con commento di *Maria Francesca Portincasa*)

Pag. 595

DOCUMENTAZIONE

Contrasto al traffico di migranti: in vigore dal 2008 l'Accordo di cooperazione Italia-Algeria

Accordo di cooperazione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica algerina democratica e popolare in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope e all'immigrazione illegale

(con nota di *Giuseppe Licastro*)

» 355

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sollecita l'adozione di misure per una esecuzione rapida delle sentenze della Corte europea

Raccomandazione CM/Rec(2008)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sugli strumenti efficaci da adottare a livello interno per l'esecuzione rapida delle sentenze della CORTE europea dei Diritti dell'Uomo (adottata dal Comitato dei Ministri il 6 febbraio 2008, in occasione della 1017ma riunione dei Delegati dei Ministri)

(con il contributo di *Francesca Perrini*)

» 335

La nuova disciplina italiana sul recupero degli aiuti di Stato illegittimi: una grave limitazione dei diritti delle imprese

Decreto legge n. 59 dell'8 aprile 2008 - Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee

» 139

Decreto legge n. 185 del 29 novembre 2008 - Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale

» 142

Decreto legge n. 5 del 10 febbraio 2009 - Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, nonché disposizioni in materia di produzione lattiera e rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario

» 144

(con commento di *Fausto Capelli*)

Diritti sociali fondamentali e commercio internazionale

Dichiarazione dell'ILO sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta, adottata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro in occasione della sua novantasettesima sessione - Ginevra, 10 giugno 2008

(con il contributo di *Annalisa Giansanti*)

Pag. 359

Pubblicità di un prodotto effettuata da soggetti terzi, diversi dal produttore: limiti di legittimità

Provvedimento n. 18700 del 31 luglio 2008 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Federazione Italiana Medici Pediatri (di seguito FIMP e anche Federazione), - Gruppo Novelli Srl (di seguito Novelli), - Litlebit Srl, Siport SpA, Beiersdorf SpA

(con il contributo di *Fausto Capelli*)

» 381

Consiglio europeo

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 11-12 dicembre 2008

» 177

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 19-20 marzo 2009

» 629

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 18-19 giugno 2009

» 634

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 29-30 ottobre 2009

» 841

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 10-11 dicembre 2009

» 843

L'Italia modifica la normativa sull'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo

Legge 20 febbraio 2009, n. 10 - Modifiche alla legge 24 gennaio 1979, n. 18, concernente l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia

(con commento di *Vincenzo Tinto*)

» 167

RECENSIONI

AA. VV., Studi in onore di Umberto Leanza (*Teresa Russo*)

» 865

Roberto Adam - Antonio Tizzano (a cura di), Lineamenti di diritto dell'Unione Europea (*Anna Iermano*)

» 193

Fiammetta Borgia, La responsabilità sociale delle imprese multinazionali (*Angela Rustico*)

» 202

<i>Ugo Draetta - Andrea Santini</i> (a cura di), L'Unione europea in cerca di identità: problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione" (<i>Miriam Immediato</i>)	Pag. 423
<i>Renato Federici</i> - Guerra o Diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici (<i>Pietro Troianiello</i>)	» 430
<i>Paolo Grossi</i> , L'Europa del diritto (<i>Anna Lisa Verdecchia</i>)	» 194
<i>Otfried Höffe</i> , La democrazia nell'era della globalizzazione (<i>Francesco Buonomenna</i>)	» 200
<i>Patrizia Nanz</i> , Europol. Un'idea controcorrente di integrazione politica (<i>Fernanda Gallo</i>)	» 867
<i>Massimo Panebianco</i> - Diritto Internazionale Pubblico (<i>Miriam Immediato</i>)	» 425
<i>Massimo Panebianco</i> (a cura di), Il G8 2009 - Sistema multiregionale di Stati (<i>Miriam Immediato</i>)	» 428
<i>Leonardi Pasquali</i> - Le régime juridique des mouvements transfrontières de déchets en droit communautaire et en droit international (<i>Gerardo Martino</i>)	» 653
<i>Francesco Rossi Dal Pozzo</i> - Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria (<i>Francesco Buonomenna</i>)	» 655
<i>Andrea Saccucci</i> , Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani (<i>Miriam Immediato</i>)	» 203
<i>Francesco Salerno</i> , Diritto internazionale - Principi e Norme	
<i>Carlo Focarelli</i> , Lezioni di diritto internazionale - vol. I: Il Sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità; vol. II: Prassi (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 197
<i>Beth A. Simmons</i> , International Law (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 651

Hanno collaborato

[207](#), [433](#), [659](#), [871](#)

ARTICOLI

INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA DEI GRUPPI, LIBERTÀ DI STABILIMENTO DELLE SOCIETÀ E ABUSO DEL DIRITTO NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

Sommario: *Introduzione - 1. Problematiche inerenti al dissesto dei gruppi di società - 2. Le condizioni di applicabilità del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza - 3. Il contributo che apporterebbe la nozione comunitaria di impresa nell'interpretazione del regolamento n. 1346/2000 - 4. Segue: Le proposte avanzate in dottrina - 5. La libera scelta della lex fori concursus quale conseguenza del diritto di stabilimento - 6. Segue: Stabilimento "reale" e ordinamento "naturale" delle controllate - 7. Segue: Il problema della precostituzione legale del titolo di giurisdizione nella competenza a conoscere dell'azione revocatoria - 8. L'interpretazione del concetto di centro degli interessi principali alla luce del divieto di frode alla legge.*

Introduzione

Di pari passo all'incidenza del diritto comunitario nella vita economica delle imprese europee, anche alla luce di una realtà mondiale sempre più globalizzata, l'esigenza di garantire una effettiva e libera circolazione dei capitali e dei servizi ha imposto la sottoposizione delle obbligazioni creditizie, indispensabili alla vita dell'impresa, ad una condizione di parità che necessariamente deve prescindere dai confini nazionali (*par condicio omnium creditorum*) e, conseguentemente, la costruzione di uno spazio giudiziario europeo¹

¹ Sulla cooperazione tra gli Stati membri nella materia civile e commerciale in generale, V. 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.; J. BASEDOW, *The communization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; S. LEIBLE - A. STAUDINGER, *L'art. 65 Trattato CE nel sistema delle competenze CE*, in *Eur. legal forum*, 2001, p. 225 ss.; F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una european conflict of laws revolution?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 873 ss.; O. REMIEN, *European private international law: the European Community and its emerging area of freedom, security and justice*, *CMLR*, 2001, p. 53 ss.

in cui non vi siano incentivi a trasferire beni o procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro (*forum shopping*).

In tale prospettiva, il regolamento n. 1346/2000 ha indiscutibilmente arrecato una prima unitarietà² alla disciplina della materia fallimentare all'interno dell'Unione³. Tuttavia, il fatto che esso non recepisca il principio di universalità assoluta lascia irrisolto il problema di conciliare la sicurezza giuridica degli scambi commerciali intracomunitari con il diritto concorsuale nazionale dei Paesi membri⁴. Nelle insolvenze disciplinate dal regolamento devono intervenire tante leggi nazionali quante sono le procedure aperte nei vari Paesi membri⁵. Tanto più alto è il numero dei procedimenti e tanto maggiore è

² Prima del Trattato di Amsterdam, con il quale la cooperazione civile tra gli Stati membri è stata "comunitarizzata", si era tentato di adottare due convenzioni multilaterali, che tuttavia non sono mai entrate in vigore. La Convenzione di Istanbul del 5 giugno 1990 su taluni aspetti internazionali del fallimento era stata progettata in seno al Consiglio d'Europa (se ne veda il testo in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 712. V. tra i commentatori C. DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 617 e L. DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 499). La Convenzione di Bruxelles relativa alle procedure d'insolvenza del 23 novembre 1995 – il cui contenuto è stato quasi integralmente ripreso con il regolamento n. 1346/2000 – era stata invece stipulata in ottemperanza all'art. 293 (ex 220) del Trattato CE con l'obiettivo di completare il sistema della Convenzione di Bruxelles del 1968, che escludeva la materia fallimentare dal proprio ambito di applicazione (si veda sul punto L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, Cedam, 1999, p. 67 e p. 103). Il testo della Convenzione sulle procedure d'insolvenza è pubblicato in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 661. In dottrina v. C. DORDI, *La convenzione dell'U. E. sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 333 e S. GUZZI, *La convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza: prime osservazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 901.

³ Tra i regolamenti comunitari di procedura civile quello sulle procedure di insolvenza (in *Gu-*ce n. L 160 del 30 giugno 2000) è stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 325/II, nota 2; nonché, più approfonditamente, P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria. Commentario articolo per articolo del regolamento CE 1346/2000*, Milano, Giuffrè, 2004; I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, Giappichelli, 2007; I. FLETCHER, *Insolvency in private international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006; J. ISRAEL, *European cross border insolvency regulation*, Mortsel, Intersentia, 2005; G. MOSS - I. FLETCHER - S. ISAACS, *The EC regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated guide*, Oxford, Oxford University Press, 2002. Per un esame generale delle applicazioni giurisprudenziali si veda J. MARSHALL, *European cross border insolvency*, London, Thomson, 2005. Gli allegati A, B e C del regolamento n. 1346/2000 sono stati modificati dai regolamenti n. 603/2005 (in *Gu-Ue* n. L 100 del 20 aprile 2005), n. 694/2006 (in *Gu-Ue* n. L 121 del 6 maggio 2006) e n. 681/2007 (in *Gu-Ue* n. L 159 del 13 giugno 2007).

⁴ Sul modo problematico con cui i principi di universalità e territorialità del fallimento sono stati recepiti nella disciplina comunitaria si veda I. QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza*, in *Comunicazioni e studi*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 931 ss. Per quanto riguarda l'influenza esercitata da tali principi sull'ordinamento italiano rinviamo a F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 40 e G. BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Il diritto fallimentare*, 1974, p. 261.

⁵ L'art. 4 del regolamento n. 1346/2000 è ispirato al principio della *lex fori concursus*, che disciplina tutti gli effetti del procedimento, sia sostanziali sia processuali (L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 657).

anche il numero delle regolamentazioni, le cui priorità divergono, come è ovvio, da Paese a Paese. In effetti la "crisi" dell'impresa da sempre costituisce motivo di allarme sociale, venendo essa a minacciare molteplici interessi riguardanti la collettività nazionale: anzitutto l'interesse dei creditori locali e dei lavoratori, ma anche – nei casi in cui il fallimento coinvolga imprese, o gruppi di imprese, di rilevante dimensione – l'interesse alla stabilità del sistema economico e finanziario. L'indiscusso nesso di causalità tra il dissesto del colosso *Parmalat* e la tempestiva approvazione del *decreto Marzano*⁶, dimostra, ad esempio, come nella prospettiva italiana si miri ancora a garantire la sopravvivenza delle imprese in crisi⁷.

D'altro lato, la sempre più accentuata interdipendenza delle economie, l'intrecciarsi dei rapporti commerciali tra soggetti di nazionalità diversa, o che si trovano ad operare in Paesi differenti, e la presenza di più beni e creditori di un medesimo debitore in luoghi soggetti a differenti sovranità nazionali, accomunano gli Stati membri nell'esigenza di garantire una maggiore centralizzazione ed efficienza alla gestione delle insolvenze transfrontaliere. Questa esigenza si pone, in particolare, quando l'entità economica insolvente sia costituita da più società aventi personalità giuridiche distinte.

1. Problematiche inerenti al dissesto dei gruppi di società

Con la sentenza *Eurofood* del 2 maggio 2006 la Corte di giustizia ha indirettamente escluso che i gruppi di società siano autonomi soggetti titolari di diritti e di responsabilità per le obbligazioni assunte verso i terzi dalle singole società che li compongono⁸. Il regolamento Ce n. 1346/2000 va interpretato

⁶ D.l. n. 347 del 23 dicembre 2003, *Misure urgenti per la ristrutturazione delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, in *Guri* n. 298 del 24 dicembre 2003. Il «Decreto Marzano» è stato convertito con l. n. 39 del 18 febbraio 2004, poi modificata dalla l. n. 166 del 5 luglio 2004, in *Guri* n. 156 del 6 luglio 2004, e di recente – per far fronte alla crisi dell'Alitalia – dalla l. n. 166 del 27 ottobre 2008, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, recante disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*, in *Guri* n. 252 del 27 ottobre 2008, le cui novità non presentano tuttavia particolare importanza ai fini del presente studio.

⁷ V. il saggio di A. FLESSNER, *L'idea dell'impresa nel diritto fallimentare europeo*, in *Il diritto fallimentare*, 2005, p. 489.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3813 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 336. Il caso *Eurofood* rappresenta uno dei più emblematici conflitti di giurisdizione conseguenti all'applicazione di un regolamento comunitario di procedura civile. Come è noto, sia il giudice italiano che quello irlandese si erano ritenuti competenti ad aprire una procedura d'insolvenza principale nei confronti della controllata irlandese di Parmalat Spa, la società Eurofood IFSC Ltd. Le ragioni del giudice italiano (sentenza del Tribunale di Parma del 20 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, c. 1567) furono incentrate soprattutto sulla localizzazione del centro degli interessi principali in Italia. L'esercizio esclusivo delle funzioni direttive ad opera di amministratori «executive» di cittadinanza italiana e impiegati del gruppo Parmalat, l'assenza di dipendenti in Irlanda, la detenzione dell'intero capitale sociale da parte della capo gruppo e la garanzia prestata da quest'ultima a fronte di tutte le operazioni di *private placement* poste in essere da Eurofood, fecero ritenere che la debitrice non fosse altro che una mera

nel senso di prevedere una specifica competenza giurisdizionale per ciascun debitore costituente un'entità giuridicamente distinta⁹. Nel caso di un intero gruppo insolvente la società madre e le società controllate devono essere sottoposte a procedure principali distinte, ai sensi dell'art. 3, par. 1, del regolamento, nei Paesi in cui ciascuna ha il proprio centro degli interessi principali.

Questo orientamento interpretativo preoccupa sotto un duplice aspetto. Anzitutto perché non consente di disciplinare unitariamente, per il tramite della disciplina comunitaria, le insolvenze transnazionali maggiormente diffuse e rilevanti, vale a dire quelle che riguardano le attività internazionali organizzate attraverso la costituzione di distinte società locali soggette alle rispettive leggi nazionali. Il diritto comunitario trova solo applicazione nelle ipotesi, via via in diminuzione, in cui l'attività economica dell'entità insolvente risulti ramificata tramite una o più dipendenze estere (come tali prive di personalità giuridica)¹⁰.

Altra preoccupazione riguarda la conseguente difficoltà nel sanzionare il godimento abusivo della libertà di stabilimento. Si pensi al caso in cui l'istituzione di una o più società, strumentali alla politica amministrativa della capo gruppo da cui dipendono finanziariamente, abbia l'effetto (se non l'intento) di sottrarre, in caso di insolvenza, alcuni "segmenti" del gruppo al concorso dei creditori. Da un lato, il regolamento n. 1346/2000 non contempla alcuna trat-

articolazione finanziaria della stessa Parmalat. Il giudice irlandese (sentenza della *High Court of Justice* del 23 marzo 2004, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004) diede per contro risalto alla priorità dell'iniziativa irlandese, con la quale, in conformità alla *lex fori concursus*, la procedura principale sarebbe stata aperta prima di quella italiana, vale a dire al momento del deposito della domanda avvenuto il 27 gennaio 2004. Sul caso *Eurofood* si vedano i commenti di A. BERENDS, *The Eurofood case: one company, two main insolvency proceedings: which one is the real one?*, in *Netherlands int. law rev.*, 2007, p. 331 ss.; C. CARRARA, *The Parmalat case*, in *Rebels Zeitschrift*, 2007, p. 538 ss.; F. JAULT SESEKE - D. ROBINE, *L'interprétation du Règlement n. 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la fin des incertitudes?*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2006, p. 813 ss.; J. GARASIC, *What is right and what is wrong in the ECJ's judgment on Eurofood*, in *Yearbook priv. int. law*, 2007, p. 87 ss.; L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, cit. supra*, nota 3; M. WINKLER, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di Giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 15 ss.; S. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 203 ss.; P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 1256 ss.; L. BACCAGLINI, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 123 ss.; B. COVA, *International insolvencies: Parmalat*, in *Journal of international banking law and regulation*, 2007, p. 72; S. BUFFORD, *Center of main interests, international insolvency case venue, and equality of arms: the Eurofood decision of the European Court of Justice*, in *Northwestern journal of international law and business*, 2007, p. 351 ss.; S. BEALE, *The judgment in Eurofood: the European Court of Justice gives guidance on the EC insolvency regulation*, in *Journal of international banking law and regulation*, 2006, p. 487 ss.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punto 30.

¹⁰ M. FABIANI, *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 98. Negli Stati membri in cui il debitore possiede delle dipendenze il regolamento n. 1346/2000 consente di aprire procedure territoriali di natura liquidatoria. Sugli effetti territoriali della procedura secondaria si veda E. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 900 ss.

tazione unitaria dell'insolvenza per le ipotesi di delocalizzazione strumentale (per non dire abusiva) di entità controllate; dall'altro, la Corte di giustizia sembra non attribuire alcun rilievo alla figura del "creditore di gruppo" e quindi all'eventuale insinuazione dei crediti nell'attivo di entità diverse da quelle con cui i rapporti siano stati intrattenuti¹¹. Il diritto processuale comunitario presenta dei preoccupanti vuoti legislativi riguardo all'abuso della personalità giuridica: non figura norma, a tutela del credito, che consenta di sanzionare la *mala gestio* della società che abbia determinato le scelte strategico-direzionali delle sue controllate.

Alla luce di quanto detto, ai creditori non rimane che aggredire i beni delle imprese con le quali abbiano formalizzato le obbligazioni. L'insinuazione può avvenire, ai sensi dell'art. 32 del regolamento n. 1346/2000, sia nella procedura principale sia nelle eventuali procedure secondarie successive, sebbene il regolamento non imponga ai vari giudici aditi alcun obbligo di collaborazione reciproca¹².

Una trattazione unitaria dell'insolvenza è allora auspicabile per una duplice ragione. Anzitutto per garantire la *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali dei gruppi sottoposti ad un'unica strategia imprenditoriale¹³. Per la Corte di giustizia il fatto che le obbligazioni di una controllata siano garantite da una società straniera che ne dirige altresì l'attività imprenditoriale non giustifica l'accentramento della procedura di insolvenza presso la sede di quest'ultima. La conseguenza è che il recupero dei crediti vantati verso la controllata non può essere disciplinato dalla legge del Paese in cui si trovi il centro degli interessi principali della società che li ha garantiti. I creditori di

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punto 26 ss. Sulla posizione dei creditori di gruppo si veda S. BUFFORD, *Center of main interests*, cit. *supra*, nota 8, p. 376 ss.

¹² L'obbligo di collaborazione reciproca è imposto dall'art. 31 ai soli curatori (sui poteri che il regolamento attribuisce loro si veda C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale nel regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza transnazionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 707 ss.). Secondo C. PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1032, l'art. 31 sarebbe strumentale all'esercizio (e alla preminenza) dei poteri del «curatore principale», che può in tal modo presentare proposte sull'utilizzo dei beni rientranti nel passivo della procedura secondaria (art. 31, par. 3), chiedere la sospensione della procedura territoriale (art. 33), fare proposte per il suo risanamento (nei limiti dell'art. 34) e pretendere, infine, che il «curatore secondario» consegni l'eventuale residuo dopo il soddisfacimento di tutti i creditori locali ammessi (art. 35). G. BAZINAS, *EU regulation on insolvency proceedings: the first year and the outlook from Greece*, in www.iiglobal.org, p. 14, ha rilevato tuttavia una lacuna nell'art. 31, non prevedendo esso conseguenze all'ipotesi in cui un curatore non cooperi con quelli degli altri Stati. Smetterebbe pertanto al diritto nazionale vigilare sul rispetto degli obblighi che il diritto comunitario impone a tali organi. Come osserva F. DIALTI, *Cooperazione tra curatore e Corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata*, in *Diritto fallimentare*, 2005, p. 1011, l'estensione dei doveri di cooperazione ed informazione ai giudici del fallimento è da auspicare, perché migliorerebbe la riorganizzazione dell'impresa e ridurrebbe la lentezza dei procedimenti e quindi le perdite di valore.

¹³ Sul tema della *par condicio creditorum* nei gruppi si veda I. RONEN MEVORACH, *Centralising insolvencies of pan – european corporate groups: a creditor's dream or nightmare?*, in *Journal of business law*, 2006, p. 478.

una controllata priva di autonomia finanziaria e gestionale potrebbero trovarsi, di conseguenza, in una ingiustificata posizione di privilegio rispetto a quelli delle altre società del gruppo. Tali creditori garantiti possono fare affidamento sul patrimonio della società madre nel caso in cui la controllata sia impossibilitata ad adempiere; ma se accade il contrario, se cioè la capo gruppo entra in crisi trascinando con sé la controllata, il diritto comunitario non sottopone i loro crediti all'ordinamento della società madre.

Una trattazione unitaria dell'insolvenza è auspicabile, infine, sia nei casi in cui si voglia ristrutturare e riorganizzare le attività imprenditoriali del gruppo, sia nei casi in cui si intenda liquidare il complesso nel modo più efficiente possibile. Se un unico giudice fosse competente, la centralizzazione dell'insolvenza consentirebbe di adottare decisioni coerenti ed accomunate dalla medesima strategia (non importa se liquidatoria o recuperatoria); inoltre, i rapporti tra tutte le parti coinvolte sarebbero definiti sulla base di un'unica *lex concursus*¹⁴.

2. Le condizioni di applicabilità del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza

Attesa l'abbondante dottrina in materia, le norme introdotte con il regolamento Ce n. 1346/2000 non necessitano di ulteriori commenti in questa sede. Dedicheremo solo qualche osservazione all'ambito di applicazione e al meccanismo di competenze introdotto con la disciplina comunitaria.

Il regolamento si applica alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore, che comportino lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore (art. 1)¹⁵. Le procedure cui si riferisce devono quindi avere natura concorsuale (con la conseguente esclusione di tutti gli strumenti nazionali di tutela giurisdizionale che siano esperibili individualmente) ed essere fondate sull'insolvenza del debitore in base a quanto stabilisce il diritto dello Stato di apertura¹⁶. Lo spossessamento fa sì che i poteri di disposizione dei beni rientranti nella massa fallimentare siano

¹⁴ S. BUFFORD, *Center of main interests*, cit. supra, nota 8, p. 376.

¹⁵ In commento all'art. 1 del regolamento si vedano M. VIRGOS - E. SCHMIT, *Report on the Convention of insolvency proceedings*, in G. MOSS - I. FLETCHER - S. ISAACS, *The EC regulation*, cit. supra, nota 3, p. 261 e L. FUMAGALLI, *Il regolamento*, cit. supra, nota 5, p. 683 ss.

¹⁶ In Italia il debitore è insolvente, ai sensi dell'art. 5 della legge fallimentare, quando ricorra una non transitoria situazione di oggettiva impotenza economica, in cui non sia più possibile far fronte alle obbligazioni per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito (v. *ex multis*: Cass. Civ., sent. del 4 marzo 2005, n. 4789, in *Guida al diritto*, 2005, p. 86; Cass. Civ., sent. del 21 settembre 2004, n. 18927, in *Guida al diritto*, 2004, p. 65; Cass. Civ., sent. del 13 marzo 2001, n. 115, in *Il fallimento*, 2002, p. 375). La *lex fori concursus* determina anche i presupposti soggettivi dell'insolvenza (sul punto C. PAPPALARDO, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Il diritto fallimentare*, 2004, p. 1104).

trasferiti ad una terza persona, il curatore, cui il regolamento attribuisce un ruolo determinante ai fini della gestione dell'insolvenza. La nozione di curatore abbraccia soggetti ed esperienze diverse, facendo il regolamento riferimento a «qualsiasi persona o organo la cui funzione è di amministrare o liquidare i beni dei quali il debitore è sprossessato, o di sorvegliare la gestione dei suoi affari» (art. 2, lett. b.).

La disciplina comunitaria può trovare applicazione nei soli confronti delle insolvenze "transnazionali" o "transfrontaliere", con esclusione di tutte quelle aventi un'incidenza squisitamente interna ad un solo Stato. Sebbene la dottrina non sia concorde a riguardo¹⁷, tale limite è suggerito dall'ottavo *considerando* del regolamento ma soprattutto imposto dall'art. 65 del Trattato UE, che circoscrive l'intervento normativo del Consiglio alle sole materie rientranti nella cooperazione giudiziaria civile aventi implicazioni transfrontaliere. Il legislatore comunitario vuole evitare l'insorgere di conflitti di leggi e di giurisdizioni. Se intervenisse in fattispecie dove non fossero coinvolte almeno due giurisdizioni, ci troveremmo di fronte ad un allontanamento dallo spirito dei principi comunitari di proporzionalità e sussidiarietà¹⁸. Un'insolvenza è transnazionale quando il patrimonio del debitore è entrato in contatto con più ordinamenti nazionali e, di conseguenza, al soggetto fallito possono essere ricondotti i rapporti giuridici localizzati in tutti i Paesi con cui è entrato in contatto¹⁹. Questo non significa che il patrimonio del debitore debba necessariamente essere frazionato in più Stati membri dell'Unione. L'applicazione del regolamento n. 1346/2000 è condizionata alla mera presenza del centro

¹⁷ Alcuni autori ritengono che il termine «transnazionale» sia difficile da interpretare, dal momento che nessuna disposizione comunitaria (in primis il *Trattato*) ha mai chiarito il senso di tale definizione. Qualsiasi insolvenza potrebbe quindi avere un potenziale carattere transfrontaliero, «che in futuro può emergere o per effetto di iniziative prese all'estero nell'ambito della procedura o per qualunque altra ragione» (E. RICCI, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento CE 1346/2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 391 ss.). In questo senso anche G. BISOGNI, *La cooperazione giudiziaria civile nel progetto di Costituzione europea*, in I. AMBROSI - L. SCARANO, *Diritto civile comunitario e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 29, secondo il quale «anche una vicenda giudiziaria giocata tutta all'interno di un contesto nazionale si presta comunque ad avere implicazioni transnazionali, se la si considera come una fattispecie astratta in cui le parti possono assumere diverse cittadinanze o residenze nazionali o ricavarne delle conseguenze economiche o immateriali non strettamente connesse ad uno spazio nazionale». Ritengono invece che l'applicazione del regolamento n. 1346/2000 riguardi solo le insolvenze transnazionali L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario*, cit. *supra*, nota 5, p. 685 ss.; R. CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, c. 222; S. CARBONE in S. CARBONE - M. FRIGO - L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 100 ss. Nella giurisprudenza italiana la Corte di cassazione sembra aderire a questo secondo orientamento. Con la sentenza delle Sezioni Unite del 20 maggio 2005, n. 10606, in *Giust. civ.*, 2005, p. 1778, l'applicazione del regolamento è stata giustificata dalla «indubbia» natura transfrontaliera della procedura concorsuale di cui era stata chiesta l'apertura nel caso di specie (si vedano in particolare punti 3.2 e 3.3).

¹⁸ Tali principi, richiamati dai *considerando* quinto e sesto del regolamento n. 1346/2000 e codificati all'art. 5 del Trattato, consentono di sindacare la legittimità degli atti comunitari sulla base del criterio della necessità. V. ad esempio la sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219 e in questa *Rivista*, 1976, p. 124.

¹⁹ S. VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3 ss.

degli interessi principali in uno degli Stati vincolati alla disciplina comunitaria²⁰ (tale criterio è infatti l'unico titolo di giurisdizione per l'apertura della procedura principale); di conseguenza tutti gli altri beni potrebbero anche trovarsi al di fuori dello spazio giudiziario europeo, senza che ciò osti all'applicazione del regolamento²¹.

Il carattere transnazionale dell'insolvenza consente di applicare la disciplina comunitaria a prescindere dalla previa apertura di una procedura principale. Se per ipotesi venisse aperta una procedura di cui all'art. 3, par. 2, nel caso in cui nello Stato del centro degli interessi principali non fosse possibile aprire quella principale (art. 3, par. 4), gli eventuali rapporti di lavoro sarebbero comunque disciplinati, ai sensi dell'art. 10, dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto. Anche una procedura meramente territoriale e autonoma, se aperta nel contesto di una insolvenza transnazionale, verrebbe sottoposta alla disciplina comunitaria. Sotto tale aspetto si può dire, a nostro modo di vedere, che la procedura d'insolvenza principale non sia dimostrativa del carattere transnazionale dell'insolvenza (pur essendone la conseguenza) e tanto meno ne sia il suo presupposto.

Il carattere transnazionale dell'insolvenza rappresenta, d'altro lato, quel requisito senza il quale l'ordinamento comunitario non potrebbe pretendere che il giudice nazionale persegua gli interessi propri dell'Unione europea. Nell'esempio delineato lo scopo che non si potrebbe perseguire in presenza di un'insolvenza meramente interna riguarda la scelta della legge di conflitto

²⁰ L'*opting out* della Danimarca (*considerando* 33) non consente, da un lato, di applicare il regolamento se il centro degli interessi principali del debitore è situato in territorio danese; dall'altro, di considerare come "membro" tale Paese se il criterio di collegamento applicato in un altro Stato dell'Unione richiami la legge danese (in senso opposto si veda L. DANIELE, *Il regolamento 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Il diritto fallimentare*, 2004, p. 620). Così, ad esempio, gli effetti della procedura concorsuale sui rapporti di lavoro dovrebbero essere disciplinati dalla *lex fori* tutte le volte in cui l'applicazione dell'art. 10 del regolamento n. 1346/2000 abbia l'effetto di rinviare alle regolamentazioni della Danimarca. Anche in tema di legge applicabile le motivazioni espresse dal giudice inglese nella sentenza del 12 dicembre 2003, *Arena Corporation*, in J. MARSHALL, *European cross border insolvency*, cit. *supra*, nota 3, p. 2 ss., relativa all'apertura di un procedimento nei confronti di una società registrata nell'Isola di Man e avente il proprio centro degli interessi principali in Danimarca, sono valide e condivisibili. Le categoriche locuzioni *non partecipare all'adozione del regolamento e non rimanere vincolato ad esso né soggetto alla sua applicazione (considerando 33)* suggeriscono di non conferire alcun vantaggio previsto dal diritto comunitario a quei Paesi che, pur avendone la possibilità, scelgano di non vincolarsi al regolamento per non sopportarne i relativi oneri.

²¹ Nella sentenza del 1° marzo 2005 in causa n. C-281/02, *Owusu*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1383, la Corte di giustizia ha stabilito che le controversie rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles concernente la materia civile e commerciale hanno un carattere internazionale anche quando coinvolgano uno Stato contraente ed uno Stato terzo, provocando per tale ragione il ricorso alla regola generale sulla giurisdizione prevista dall'art. 2 di tale trattato. L'applicazione di tale regola non è per questo condizionata all'esistenza di un rapporto giuridico che implichi solo più Stati membri (punto 24 ss.). Secondo S. BARIATTI, *L'applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 291, quando vi siano beni situati in Stati terzi l'ordinamento comunitario non potrebbe comunque pretendere che gli effetti delle procedure intracomunitarie vengano riconosciuti al di fuori dell'Unione europea.

che il legislatore comunitario ritiene più opportuna per il rapporto di lavoro subordinato²².

Abbiamo detto che il regolamento n. 1346/2000 trova applicazione se l'insolvenza transnazionale è intracomunitaria, vale a dire quando il centro degli interessi principali del debitore si trovi in un Paese membro²³. Tale criterio si identifica, solo in via presuntiva, con la sede sociale²⁴. Il regolamento può essere quindi propriamente applicato anche nei confronti di una società costituita in uno Stato terzo, ma avente il proprio centro degli interessi principali all'interno dell'Unione²⁵. Quando invece le funzioni di amministrazione centrale siano svolte in uno Stato terzo in cui vengano adottate le decisioni essenziali concernenti la direzione generale dell'impresa, il mero carattere transnazionale dell'insolvenza e la localizzazione della sede statutaria nell'Unione europea non sono sufficienti a giustificare l'applicazione del diritto comunitario.

La necessaria presenza del centro degli interessi principali all'interno dello spazio giudiziario europeo deriva anche dal fatto che tale criterio non si limita a determinare la competenza internazionale in via principale, ma giustifica, anzitutto, l'applicazione stessa del regolamento²⁶ (da qui l'importanza di capire con precisione il contenuto di tale concetto). Inoltre, essa rivela l'idea che sta alla base della tutela apprestata ai creditori dall'ordinamento comunitario. Potrebbe infatti dirsi che il diritto comunitario sia ispirato ad una sorta di territorialismo puro²⁷. Ad una procedura aperta oltre i confini dello spazio

²² Le "situazioni puramente interne" e le "situazioni internazionali" sono tra loro alternative. Per autorevole dottrina solo queste ultime pongono un problema di trasposizione delle regole comunitarie, rappresentando le prime una mera questione di competenza interna e quindi di applicabilità delle norme comuni di conflitto (v. in riferimento al sistema di competenze della Convenzione di Bruxelles: L. MARI, *Il diritto processuale civile*, cit. supra, nota 2, p. 162 ss.).

²³ Si veda il *considerando* n. 14 al regolamento n. 1346/2000.

²⁴ V. l'art. 3, par. 1, del regolamento. A seguito della recente sentenza *Planzer Luxembourg*, in cui la Corte di giustizia si è sensibilmente discostata dalla precedente *Eurofood*, la definizione di centro degli interessi principali potrebbe attribuire maggior rilievo a fattori sostanziali, riequilibrando il peso preponderante che in precedenza era stato dato a quelli di natura formale (v. *infra*).

²⁵ In questo senso sentenza della *High Court of Justice* del 7 febbraio 2003, *Brac Rent – A – Car International Inc.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 767 ss., punto 24; si veda altresì il commento di S. BARTELS, in *Eur. Legal Forum*, 2003, p. 175 ss. Analogo orientamento è stato adottato nella sentenza della *High Court of Justice* del 20 maggio 2003, *Criss Cross Telecommunication*, in www.eir-database.com. Tra i commentatori A. BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 411, ritiene invece che l'applicazione del regolamento debba essere esclusa per le società aventi anche solo la sede statutaria in uno Stato terzo.

²⁶ F. JAULT SESEKE - D. ROBINE, *L'interprétation du Règlement n. 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, cit. supra, nota 8, p. 818. Non è una novità che i criteri di distribuzione delle controversie previsti dal diritto processuale comunitario vengano considerati, anzitutto, come presupposti di insorgenza del potere giurisdizionale. V. L. MARI, *Il diritto processuale civile*, cit. supra, nota 2, p. 203 ss. e T. BALLARINO - L. MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità Europea*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 34.

²⁷ «Territorialismo» e «universalismo» sono categorie che non riguardano solo il diritto nazionale. Come osserva L. MARI, *Il diritto processuale civile*, cit. supra, nota 2, p. IX, il diritto processuale comunitario ha introdotto, sin dall'entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles, un vero e proprio ordinamento – che non può essere considerato un mero sistema di uniformizzazione – in

giudiziario europeo non viene riconosciuta alcuna efficacia; per converso, le procedure avviate all'interno dell'Unione possono avere ad oggetto solo i beni del debitore situati negli Stati membri, senza che si nutra alcuna pretesa di efficacia su quelli localizzati negli Stati terzi²⁸.

3. Il contributo che apporterebbe la nozione comunitaria di impresa nell'interpretazione del regolamento n. 1346/2000

L'ambito di applicazione *ratione personae* del regolamento presenta gli aspetti più problematici del sistema di competenze da esso introdotto. Il regolamento è applicabile sia alle persone fisiche sia alle persone giuridiche. Esso consente, ispirandosi al principio di universalità limitata²⁹, l'apertura di due soli tipi di procedure: quella principale avente carattere universale, ai sensi dell'art. 3, par. 1, nel Paese del centro degli interessi principali³⁰; quelle con

cui viene fondato e legittimato l'esercizio del potere giurisdizionale degli Stati membri all'interno dello spazio giudiziario europeo. La costruzione di uno spazio giudiziario, in cui sia garantita la libera circolazione delle decisioni tra i Paesi membri, è strumentale al perseguimento delle finalità politiche che sottendono il processo di integrazione europea.

²⁸ Come osserva M. BOGDAN, in G. MOSS - I. FLETCHER - S. ISAACS, *The EC regulation*, cit. supra, nota 3, p. 168, «the regulation neither requires nor forbids the extension of the scope of article 3 (1) proceedings to assets located beyond the European Union, but such universalist ambition will usually be present pursuant to the national law of the member State of the opening of the proceedings».

²⁹ Sui principi di universalità e territorialità del fallimento rinviamo a F. FERRARA, *Il fallimento*, cit. supra, nota 4, p. 40 ss. e R. LECHNER, *The new threat to international commercial transactions: cross-border insolvency and its impact on the standby letter of credit regime*, in www.natlaw.com. Sulla recezione di tali principi nel regolamento n. 1346/2000 si vedano I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit. supra, nota 3, p. 3; Id., *L'evoluzione dello spazio giudiziario*, cit. supra, nota 4, p. 931 ss.; G. BONGIORNO, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza*, in *Il diritto fallimentare*, 2003, p. 640 ss.; S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, in *Il Fallimento*, 2002, p. 693 ss.

³⁰ Secondo M. VIRGOS - E. SCHMIT, *Report on the Convention*, cit. supra, nota 15, punto 75, per le persone fisiche occorrerebbe fare riferimento alla residenza abituale, o al domicilio nel caso in cui si eserciti un'attività professionale. A. BONOMI, *Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile erga omnes*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 314, ritiene che il regolamento n. 1346/2000 risulti quindi fondato, al pari del regolamento n. 44/2001, sul criterio del domicilio. Tuttavia, nel testo dell'atto (v. il considerando 13 e l'art. 3) si fa unicamente riferimento al centro degli interessi principali, senza che il ricorso al domicilio del debitore trovi alcuna giustificazione. Il legislatore comunitario non ha dato affatto per scontato, omettendo di individuare uno specifico titolo di giurisdizione per le persone fisiche, che il centro degli interessi principali di queste coincida automaticamente con il domicilio o la residenza. Anche nello spazio giudiziario europeo il criterio del domicilio sembra funzionale alla sola esigenza di garantire l'applicazione del principio *actor sequitur forum rei* (e quindi l'instaurazione della controversia là dove il convenuto possa difendersi più agevolmente), di cui non se ne rinvia tuttavia il rilievo nei procedimenti concorsuali, mancando la tradizionale distinzione tra attore e convenuto che caratterizza le parti nel contenzioso. Sulle giustificazioni che stanno alla base del principio *actor sequitur forum rei* v. le sentenze della Corte di giustizia del 17 giugno 1992 in causa n. C-26/91, *Handte*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3967, punto 14; 13 luglio 2000 in causa n. C-412/98, *Group Josi*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5925, punti 34 e 35; 19 febbraio 2002 in causa n. C-256/00, *Besix*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1699, punto 52.

effetti meramente territoriali (possono infatti essere anche più di una), ai sensi dell'art. 3, par. 2, là dove vi siano delle dipendenze dell'entità debitrice. Il «centro degli interessi principali» e la «dipendenza» del debitore sono pertanto gli unici due criteri distributivi della competenza³¹, per i quali il regolamento non prevede alcuna alternativa che permetta di sottoporre i gruppi di società alla giurisdizione di un solo giudice³². La Corte di giustizia³³ ha inoltre interpretato l'art. 3 del regolamento in modo restrittivo, escludendo la possibilità di aprire una sola procedura principale nei confronti di più società collegate. Il sistema di determinazione della competenza ammette «una specifica competenza giurisdizionale per ciascun debitore costituente un'entità giuridicamente distinta».³⁴

Nonostante l'autorità della pronuncia della Corte di giustizia, riteniamo che l'applicazione del concetto di impresa, enucleato dalla stessa Corte per garantire il rispetto delle norme *antitrust* previste dal Trattato CE, consentirebbe di ampliare l'ambito soggettivo del regolamento e di andare oltre il criterio formale della personalità giuridica, che sta alla base della *dottrina Eurofood*. L'impresa "comunitaria" è infatti contraddistinta da due soli requisiti: l'esercizio di un'attività economica e la capacità di determinare il proprio comportamento sul mercato in modo autonomo³⁵. L'esercizio dell'attività, come è ovvio, deve essere effettivo, altrimenti non sarebbe idoneo a influenzare la struttura concorrenziale del mercato e il diritto comunitario non avrebbe, di conseguenza, motivo per occuparsene³⁶. Si tenga bene a mente la dicotomia propria di tale nozione: in essa viene ricondotta, da un punto di vista economico, qualunque attività con cui vengano offerti beni e servizi su un de-

³¹ I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit. *supra*, nota 3, p. 164 parla di criteri «oggettivi e inderogabili», perché nessuno spazio viene lasciato alla volontà delle parti. Tuttavia, nella pratica, la volontà del debitore avrebbe un importante rilievo dal momento che è libero di scegliere il luogo in cui radicare il centro degli interessi principali e le dipendenze.

³² Per P. BURBIDGE, *Cross border insolvency within the European Union: dawn of a new era*, in *EL Rev.*, 2002, p. 593, «the only advantage that the Regulation would give is that the liquidator's title to shares in subsidiaries would be instantly recognised in all Member States, enabling him to replace their boards and sell their business».

³³ Sentenza del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punti 29 e 30.

³⁴ La mera esistenza di un'aggregazione di gruppo non determina, di conseguenza, l'identificazione della sede della società figlia con la sede della società madre, né rileva al fine di ricavare il criterio di competenza per l'apertura della procedura principale (I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit. *supra*, nota 3, p. 203 ss.).

³⁵ Sulla nozione comunitaria di impresa e sulla idoneità ad abbracciare i gruppi di società rimandiamo al saggio di V. DI COMITE, *La nozione di impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2028.

³⁶ M. CASSOTTANA - A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 269. Inoltre, se l'esercizio dell'attività economica non fosse effettivo, l'impresa non dovrebbe godere delle libertà di circolazione – *in primis* quella di stabilimento – garantite dal diritto comunitario (v. *infra*).

terminato mercato³⁷; sul piano giuridico non è richiesto, invece, che l'impresa sia dotata di un centro degli interessi sociali autonomo³⁸. La nozione comunitaria di impresa è stata cioè ricostruita in modo tale da abbracciare qualunque unità economica sotto il profilo dell'oggetto sociale, senza che abbia rilievo il fatto che essa sia costituita da più persone fisiche o giuridiche³⁹. Per questo non condividiamo chi sostiene che l'inapplicabilità del regolamento alle aggregazioni di società sarebbe anche dovuto all'assenza di una nozione comunitaria di «gruppo»⁴⁰. A noi sembra, al contrario, che l'ordinamento comunitario non presenti alcuna lacuna sotto tale profilo. La Corte di giustizia già da tempo concepisce il gruppo come un'organizzazione imprenditoriale formata da più società, il cui legame impedisce di assoggettare le relazioni tra la società madre e le proprie affiliate alle norme *antitrust* del Trattato CE⁴¹. Quando l'esercizio delle attività economiche viene organizzato attraverso un vincolo tra più entità che non consenta loro di farsi concorrenza a vicenda – e quindi di porre in essere reciproche condotte sleali o di abuso – si è in presenza del gruppo societario cui fa riferimento l'ordinamento comunitario.

A nostro avviso, facendo leva sulla nozione comunitaria di impresa, il diritto comunitario potrebbe considerare il gruppo come un'unica entità debitrice. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia più società collegate formano un'unica impresa quando ricorra un interesse identico e un esercizio della direzione unitaria talmente influente da privare le controllate della possibilità di determinare autonomamente la propria condotta sul mercato⁴². La partecipa-

³⁷ V. *ex multis* sentenze della Corte di giustizia del 23 marzo 2006 in causa n. C-237/04, *Enirisorse*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2843, punto 29; e del 18 giugno 1998 in causa n. C-35/96, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3851, punto 36 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 451. La Corte ha altresì precisato che il concetto di impresa prescinde dallo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento del soggetto che esercita l'attività economica. V. da ultimo le sentenze del 14 dicembre 2006 in causa n. C-217/05, *Confederacion Espanola de Empresario*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11987, punto 39; 11 luglio 2006 in causa n. C-205/03, *Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6295, punto 25; 10 gennaio 2006 in causa n. C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 289, punto 107 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 68.

³⁸ Per la Corte è ad esempio irrilevante che lo Stato svolga attività economiche mediante un'entità distinta su cui esercita un'influenza dominante o servendosi di un organo della pubblica amministrazione. V. in particolare la sentenza del 16 giugno 1987 in causa n. 118/85, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana*, in *Raccolta*, 1987, p. 2599, punto 8 ss. e in questa *Rivista*, 1988, p. 95 con commento di F. MENEGAZZI, *Osservazioni in tema di trasparenza nei finanziamenti statali alle imprese pubbliche*, p. 99 ss.

³⁹ V. *inter alia* sentenze della Corte di giustizia del 12 luglio 1984 in causa n. 170/83, *Hydroterm*, in *Raccolta*, 1984, p. 2999, punto 11; 24 ottobre 1996 in causa n. C-73/95, *Viho Europe BV*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 5457, punto 50; 14 dicembre 2006 in causa n. C-217/05, *Confederacion espanola de empresario*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11987, punto 40 e massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 109.

⁴⁰ I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit. *supra*, nota 3, p. 30 e p. 197 (nota 60).

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 1996 in causa n. C-73/95, *Viho Europe BV*, cit. *supra*, nota 39, punto 51 ss.

⁴² La Corte di giustizia ha quindi superato il precedente orientamento che voleva l'impresa come un mero complesso unitario di elementi personali, materiali e immateriali facente sempre capo

zione maggioritaria della società madre nel capitale delle proprie affiliate non consente di concludere, tuttavia, che queste ultime siano mere esecutrici di direttive impartite dall'alto⁴³. Non bisogna neppure sottacere che una così alta partecipazione è sufficiente, di per sé, a far presumere che la capo gruppo eserciti un influsso determinante sul comportamento delle partecipate (con la conseguenza di far gravare l'onere di dimostrare il contrario sulla società che rivendichi, o nei cui confronti venga rivendicata, l'autonomia imprenditoriale dal resto del gruppo)⁴⁴. Una volta accertato che il comportamento della controllata sul mercato non sia stato deciso in modo autonomo ma risulti appiattito sulla politica che la capo gruppo determina secondo proprie direttive, la Corte consente di superare il criterio formale della personalità giuridica⁴⁵. La circostanza che l'affiliata abbia una personalità autonoma da quella della società madre non impedisce di imputare a quest'ultima il comportamento posto in essere dalla prima. L'unità di condotta – che si ha quando l'affiliata non possa decidere autonomamente la propria strategia imprenditoriale perché costretta ad applicare le direttive impartitele dalla società madre – prevale sulla separazione formale delle singole società del gruppo⁴⁶. Per tali ragioni gli atti della controllata potrebbero anche essere direttamente imputati alla società madre quando eseguiti in esecuzione di strategie pianificate da quest'ultima⁴⁷. Ma la Corte di giustizia consente altresì di imputare in solido a società madre e società controllata il comportamento incriminato con il quale il diritto comunitario sia stato violato⁴⁸.

Da questa succinta panoramica sembra potersi concludere che il problema dell'applicazione del regolamento n. 1346/2000 ai gruppi di società riguardi semplicemente il fatto che la Corte di giustizia non abbia ricostruito l'ambito soggettivo del regolamento sulla base di questa ampia nozione di

ad un soggetto giuridico autonomo. La conseguenza di tale concezione era di ricondurre l'attività del gruppo ai soli soggetti che figuravano come parti negli scambi commerciali. V. le sentenze del 13 luglio 1962 in causa n. 19/61, *Mannesmann*, in *Raccolta*, 1962, p. 675 e in questa *Rivista*, 1962, p. 169 e del 13 luglio 1962 in causa n. 17 e n. 20/61, *Klöckner*, in *Raccolta*, 1962, p. 615 e in questa *Rivista*, 1962, p. 169.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 1986 in causa n. 75/84, *Metro SB*, in *Raccolta*, 1986, p. 3021, punto 84. Nel caso di specie la Corte di giustizia non aveva considerato il gruppo *Thomson-Brandt* alla stregua di un'unica impresa, perché le singole società distribuivano i propri prodotti attraverso reti separate ed in attuazione di strategie commerciali tra loro indipendenti.

⁴⁴ Sentenza del 16 novembre 2000 in causa n. C-286/98, *Stora*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9925, punti 26-29.

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 1986 in causa n. 75/84, *Metro*, cit. *supra*, nota 43, punto 84.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1972 in causa n. 48/69, *Imperial Chemical Industries*, in *Raccolta*, 1972, p. 619, punto 132 ss.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1983 in causa n. 107/82, *AEG-Telefunken*, in *Raccolta*, 1983, p. 3151, punto 49 ss.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 1974 in causa n. 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico*, in *Raccolta*, 1974, p. 223, punto 38 ss. e in questa *Rivista*, 1974, p. 75.

impresa. Con la sentenza *Eurofood* sembra sia stato addirittura rispolverato l'orientamento precedente a quello appena descritto, dove l'attività del gruppo veniva imputata ai soggetti che secondo il diritto figuravano come parti negli scambi economici⁴⁹.

Non si potrebbe sul punto eccepire che la nozione comunitaria di impresa riguardi solo il buon funzionamento delle norme sulla concorrenza, dovendo per questo escludersi qualsiasi legame con l'applicazione dei regolamenti di diritto processuale adottati sulla base dell'art. 65 del Trattato. Al contrario, nei recenti atti normativi relativi al recupero dei crediti emerge con chiarezza un nesso strumentale tra l'esigenza di rimediare allo squilibrio nel funzionamento dei mezzi procedurali nazionali – finalità questa intermedia – e l'obiettivo finale di riequilibrare le *distorsioni della concorrenza* garantendo parità di condizioni ai creditori e ai debitori dell'Unione europea⁵⁰. Se l'obiettivo ultimo è dunque quello di assicurare il corretto – cioè competitivo – funzionamento del mercato interno, il diritto comunitario della concorrenza ben potrebbe influenzare l'applicazione dei regolamenti di procedura civile per il quale sembrano preordinati. La gerarchia tra i valori dell'integrazione giuridica ed economica delineata dalla sentenza *Eurofood* segue tuttavia un diverso criterio. Il fatto che la Corte di giustizia applichi il regolamento sulle procedure d'insolvenza senza ricorrere alla nozione "*antitrust*" di impresa ci fa credere che la finalità intermedia – consistente, in particolare, nel garantire certezza e prevedibilità al titolo di giurisdizione – venga di fatto reputata preminente rispetto allo stesso obiettivo finale del corretto funzionamento del mercato interno.

4. *Segue: Le proposte avanzate in dottrina*

Prima che venisse resa la sentenza *Eurofood*, alcuni commentatori proponevano di estendere la nozione di dipendenza (art. 2, lett. *h.*) alle società controllate, per sottoporle così a procedure secondarie nei loro rispettivi Paesi. In tal modo la lacuna del regolamento in tema di gruppi sarebbe stata definitivamente colmata dall'obbligatorio coordinamento che tali procedure avrebbero dovuto intrattenere con quella principale, aperta a carico della capo gruppo⁵¹.

⁴⁹ V. *supra*, nota 41.

⁵⁰ Sia per il *considerando* n. 8 del regolamento n. 1896/2006 che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, sia per il *conserando* n. 7 del regolamento n. 861/2007 con il quale è stato istituito un procedimento europeo per le controversie di modesta entità «(...) la distorsione di concorrenza nel mercato interno causata dallo squilibrio nel funzionamento dei mezzi procedurali a disposizione dei creditori nei diversi Stati membri determinano l'esigenza di una normativa comunitaria che garantisca parità di condizioni per i creditori ed i debitori in tutta l'Unione europea».

⁵¹ P. GOTTWALD, *Le insolvenze transfrontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 155. D. SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto fallimentare*, 2003, p. 667 ritiene che tale soluzione trovi piena giustificazione nella disciplina comunitaria quando una società sia partecipata al

Un secondo orientamento ispirato alla c.d. «*mind of management theory*» – il quale ha trovato un ampio seguito nella giurisprudenza italiana per la comunanza con il criterio della c.d. «sede effettiva», di cui all'art. 9 della legge fallimentare – ritiene che il centro degli interessi principali di una società controllata coincida con la sede direttiva e organizzativa della capo gruppo, quando la prima sia una mera esecutrice della politica aziendale pianificata dalla seconda. Il problema che si vuole risolvere non è di mera competenza internazionale, ma riguarda anche l'individuazione della legge "naturale" da applicare alla controllata (se quest'ultima fosse considerata una dipendenza, l'apertura della procedura secondaria impedirebbe di sottoporla alla *lex concursus* della capogruppo). Se una società venisse costituita al solo scopo di eseguire, in modo pedissequo, la politica manageriale della capogruppo, l'ordinamento "naturale" dovrebbe essere rinvenuto nel luogo da cui le direttive sono impartite. Il fine di questa tesi non è, tuttavia, quello di sottoporre l'intero gruppo ad un'unica procedura nello Stato membro in cui si trovi la società madre, ma di garantire un'unica giurisdizione, e quindi una forma di centralizzazione, alle molteplici procedure – tutte di carattere principale – riguardanti le società controllate e la società controllante⁵². Sotto tale aspetto non si mette quindi in discussione il dogma conseguente dalla sentenza *Eurofood* secondo cui debba esserci uno specifico procedimento per ciascun debitore costituente un'entità giuridicamente distinta. Tuttavia, questa soluzione sarebbe giustificabile solo in presenza di elementi sufficienti a vincere la presunzione di coincidenza tra sede sociale e centro degli interessi principali. Altrimenti, le procedure principali delle controllate dovrebbero essere aperte nello Stato in cui esse hanno la propria sede statutaria, senza alcuna possibilità di radicare la giurisdizione nello Stato della controllante (v. *infra*, par. 5).

Un commentatore scettico riguardo alla «*mind of management theory*» ha rilevato come l'appartenenza ad un gruppo non dovrebbe mai influire sulla determinazione del centro degli interessi principali, richiedendo la sentenza *Eurofood* che tale criterio sia accertato in base ad elementi oggettivi e verifi-

100% dalla controllante. Critica questa opinione S. BARIATTI, *L'applicazione del regolamento*, cit. *supra*, nota 21, p. 680, secondo la quale non si considera che gli eventuali attivi di una controllata insolvente sarebbero sempre asserviti alle esigenze della controllante, potendo avere la procedura secondaria un mero carattere liquidatorio.

⁵² Vedi in particolare S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea*, cit. *supra*, nota 29, p. 697; P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza*, cit. *supra*, nota 3, p. 74 ss. Secondo M. FABIANI, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera*, cit. *supra*, nota 10, p. 98 ss. la c.d. "*mind of management theory*" è condivisibile «nella misura in cui l'attrazione alla competenza dello Stato della società capogruppo non sia fatta dipendere dalla sola appartenenza al gruppo, ma dalla accertata esistenza di obiettivi parametri di collegamento dai quali inferire che il vero centro di interessi va collocato dove si trova la capogruppo». Per I. RONEN MEVORACH, *Centralising insolvencies of Pan-European corporate groups*, cit. *supra*, nota 13, p. 478, bisognerebbe comunque accertare, in sede giurisdizionale, se nello Stato della società madre si trovi l'effettivo centro direttivo, dato che il suo eventuale carattere fittizio farebbe mancare gli elementi fattuali necessari a radicare il titolo di giurisdizione in un Paese diverso da quello in cui si trovi la sede sociale.

cabili da parte dei terzi. Elementi che presentino tali caratteristiche potrebbero essere facilmente rinvenuti solo nel luogo a partire dal quale le decisioni strategico-direzionali vengano effettivamente svolte, piuttosto che in quello dove esse siano state adottate. Di conseguenza, non avrebbe rilievo il legame di gruppo che vincoli più società⁵³. Riteniamo, tuttavia, che seguendo questa strada il problema dell'abuso dello stabilimento resti irrisolto. Non sarebbe infatti difficile sottrarsi alle obbligazioni delocalizzando lo svolgimento delle attività amministrative in altri Stati – la cui legislazione è più conveniente – mediante la costituzione di distinte società prive di un'adeguata consistenza economica, ma del tutto idonee, sul piano giuridico, a svolgere le attività direttive dell'unica vera imprenditrice. Per le stesse ragioni non risolverebbe il problema dell'abuso neppure la sottoposizione delle procedure principali, aperte verso ciascuna società del gruppo insolvente, ad obbligatorie forme di coordinamento "orizzontale" analoghe a quelle che il regolamento già prevede, in senso "verticale", per i rapporti tra la procedura principale e le procedure secondarie delle singole entità⁵⁴.

È quindi necessario percorrere una strada diversa, che consenta di rinvenire, nell'ipotesi di un unico effettivo centro degli interessi principali, una sola giurisdizione per l'intero gruppo di società. L'autonomia giuridica delle entità che attraverso l'organizzazione in gruppo intendano perseguire un risultato economico unitario, imporrebbe a ciascuna di mantenere un proprio oggetto sociale, un proprio patrimonio e propri organi⁵⁵. Se tali elementi andassero confusi tra le varie società collegate, l'autonomia delle loro rispettive personalità giuridiche dovrebbe venire meno. L'indipendenza di tali fattori sembra determinante per verificare se il centro degli interessi principali delle società collegate coincida con la sede statutaria. Pertanto, in presenza di un'unica effettiva imprenditrice agente che utilizzi, in Paesi membri dove la legislazione è più favorevole, altre società – partecipate e dirette da soggetti a sé riconducibili – come meri strumenti operativi della propria politica amministrativa⁵⁶, tutte le entità del gruppo andrebbero attratte nell'unica giurisdizione "naturale", vale a dire là dove è radicata la sede dell'imprenditrice agente. Il supera-

⁵³ A. BERENDS, *The Eurofood case*, cit. supra, nota 8, p. 342. Anche B. WESSELS, *The place of the registered office of a company: a cornerstone in the application of the EC insolvency regulation*, in *Eur. company law*, 2006, p. 190, esprime perplessità sugli orientamenti giurisprudenziali ispirati alla "mind of management theory", in quanto la percezione dei terzi circa l'effettiva localizzazione del centro degli interessi principali sarebbe stata talvolta sminuita in sede interpretativa.

⁵⁴ V. MARQUETTE - C. BARBE, *Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires*, in *Journ. dr. int.*, 2006, p. 544. Sul coordinamento tra procedura principale e procedura secondaria rimandiamo a J. ISRAEL, *European Cross-border insolvency regulation*, cit. supra, nota 3, p. 313.

⁵⁵ V. sul punto la ricostruzione di P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova, Cedam, 2006, p. 1250.

⁵⁶ Per una completa panoramica degli elementi che caratterizzano le c.d. «*subservient subsidiaries*» rimandiamo al classico lavoro di A. MUSCAT, *The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries*, Boston, Dartmouth, 2006.

mento del criterio formale della personalità giuridica sarebbe giustificato dall'abuso della capogruppo che usurpi i poteri degli organi amministrativi delle controllate con il solo intento di consolidare, per l'intero gruppo, un unico centro di gestione dell'attività imprenditoriale. Quando non si rispetti l'autonomia formale dei soggetti dominati la conseguenza più grave è infatti quella di generare confusione nei patrimoni dei vari enti del gruppo, con conseguente danno per i creditori⁵⁷. Da qui l'esigenza legittima di "*forare il velo*" delle società con le quali l'abuso della personalità giuridica sia stato commesso.

L'orientamento *Eurofood*, per quanto criticabile, non sembra collidere con l'ipotesi qui prospettata. La Corte di giustizia sostiene che il mero controllo di una società madre sulle scelte gestionali delle controllate «non è sufficiente» a superare la presunzione di cui all'art. 3 del regolamento⁵⁸. Viene così ammessa, implicitamente, la possibilità di superare la presunzione quando tale controllo si combini con altri elementi oggettivi e verificabili da parte dei terzi⁵⁹. Abbiamo detto che se gli organi, il patrimonio e l'oggetto sociale si confondono con quelli di altre entità collegate, la presunzione prevista dall'art. 3, par. 1, sarebbe meno difficile da superare. Il problema è che l'autonomia di tali elementi non sempre è di facile percezione da parte dei terzi. Siamo convinti, tuttavia, che l'abuso della personalità giuridica implichi un abuso della libertà comunitaria di stabilimento, circostanza che dovrebbe permettere di superare la presunzione di coincidenza tra centro degli interessi principali e sede statutaria⁶⁰.

5. La libera scelta della *lex fori concursus* quale conseguenza del diritto di stabilimento

La libertà comunitaria di stabilimento implica la possibilità di costituire società, ai sensi dell'art. 48, par. 2, del Trattato CE, secondo le condizioni che la legislazione del Paese di stabilimento prevede nei confronti dei propri cittadini⁶¹. Essa impone alle autorità nazionali di riconoscere la scelta effettuata

⁵⁷ R. VIVALDI, *L'insolvenza dei gruppi e l'azione di responsabilità*, in *Diritto fallimentare*, 2004, p. 623 ss.

⁵⁸ Sentenza del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punto 36. L'irrelevanza del rapporto di controllo nella determinazione del centro degli interessi principali è condivisa da I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit. *supra*, nota 3, p. 204.

⁵⁹ Si veda C. PAULUS, *The aftermath of Eurofood – Benq Holding BV and the deficiencies of the ECJ decision*, in *Insolvency Intelligence*, 2007, p. 85 ss.

⁶⁰ Come osserva P. OMAR, *Addressing the reform of the insolvency regulation: wishlists or facies*, in *Insolvency Intelligence*, 2007, p. 10 ss., il superamento della presunzione di cui all'art. 3, par. 1, è un requisito che andrebbe accertato in riferimento a ciascuna controllata che si voglia attrarre alla giurisdizione della società madre.

⁶¹ Art. 43, par. 2, Trattato CE. Per una panoramica generale sulla libertà di stabilimento rinviamo a L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 115 ss. Per quanto ri-

dalla persona giuridica circa l'ubicazione della sede e la legge nazionale cui si voglia vincolare l'ente⁶². Sotto tale aspetto il diritto comunitario tende a restringere l'applicazione della legge degli Stati membri, come l'Italia, allorché adottino la sede reale quale criterio di collegamento per l'individuazione della legge regolatrice dello statuto personale dell'ente⁶³. D'altro lato, le norme riguardanti lo stabilimento non sempre possono incidere sul diritto internazionale privato dei Paesi membri. Esse si applicano limitatamente a situazioni transfrontaliere, con esclusione di tutte quelle che incidono su rapporti meramente interni ad un solo Stato⁶⁴.

Il principio, enucleato nella sentenza *Eurofood*, per il quale a ciascuna entità autonoma sul piano giuridico corrisponde una specifica competenza giurisdizionale, si fonda proprio su questa libertà comunitaria⁶⁵. Esso implica che l'accertamento dell'insolvenza, quale presupposto della dichiarazione di fallimento, sia compiuto nei confronti della singola società che si assume ver-

guarda le applicazioni giurisprudenziali della Corte di giustizia si veda da ultimo S. FERRARIS, *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società*, in questa Rivista, 2006, p. 717 ss.

⁶² L'ordinamento comunitario tutela altresì la libertà di creare succursali in altri Stati membri, senza richiedere l'effettivo svolgimento dell'attività economica nello Stato dello stabilimento primario. V. la sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1459 e in *CMLR*, 2000, p. 147 ss., con nota di W. ROTH. Questa sentenza è stata oggetto di numerosi commenti nella dottrina italiana. Si veda tra gli altri M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss.; F. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 553 ss.; F. MUNARI - P. TERRILE, *The Centros case and the rise of an EC market for corporate law*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 1; A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul caso "Centros"*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1292 ss. La sentenza è massimata in questa Rivista, 1999, p. 488.

⁶³ V. l'art. 25 della l. n. 218 del 31 maggio 1995, in *Guri* n. 128 del 3 giugno 1995, e l'art. 9 della legge fallimentare italiana, in *Guri* n. 12 del 16 gennaio 2006. Per M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 606 ss., quando uno stesso fenomeno di organizzazione imprenditoriale collettiva venga fatto oggetto di "personificazione" in più di un ordinamento, e risulti quindi potenzialmente sottoposto a più *leges societatis* per la diversità dei criteri di collegamento impiegati, il diritto comunitario impone di risolvere tali conflitti positivi facendo riferimento alla scelta che i soci (o promotori) dell'ente hanno fatto in merito alla legge regolatrice della società. Tale criterio, oltre ad essere uniforme, sarebbe coerente con le esigenze della libertà di circolazione e con la concorrenza tra norme che da essa deriva. Sui rapporti tra la libertà di stabilimento delle società e le norme nazionali di conflitto si veda altresì lo studio di T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669 ss.

⁶⁴ V. *ex multis* le sentenze della Corte di giustizia del 2 luglio 1998 in cause riunite n. C-225/95 e n. C-227/95, *Kapasakalis*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4239, punto 22; 16 novembre 1995 in causa n. C-152/94, *Openbaar*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3881, punto 10 ss. e massimata in questa Rivista, 1996, p. 573. Nella dottrina v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2005, p. 514.

⁶⁵ La libertà di stabilimento implica altresì il diritto di stabilirsi nel Paese membro la cui legge concorsuale è ritenuta più conveniente. Nelle conclusioni depositate il 17 gennaio 2004 in causa n. C-1/04, *Staubitz*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 701, punto 70, l'Avvocato Generale, Ruiz-Jarabo Colomer, sostiene che la ricerca, da parte del debitore ricorrente, della competenza giurisdizionale ritenuta più favorevole ai suoi interessi non può essere censurata per principio, costituendo il *forum shopping* la naturale conseguenza delle differenze esistenti tra i vari ordinamenti nazionali. Sulla distinzione tra *forum shopping* e «abuso del diritto comunitario» v. K. ENGSIG SORENSEN, *Abuse of rights in Community Law: a principle of substance or merely rhetoric?*, *CMLR*, 2006, p. 443 ss.

sare in un'unica situazione di dissesto, senza che rilevi il suo eventuale collegamento con altre entità collegate. Se la regola consentisse di assoggettare un intero gruppo insolvente ad una sola *lex fori concursus*, le scelte riguardanti l'ubicazione di ciascuna società non verrebbero rispettate. Si ricordi, a riguardo, che l'art. 43 del Trattato persegue l'obiettivo di abolire tutte le misure che vietino, ostacolino o scoraggino l'esercizio della libertà di stabilimento⁶⁶. D'altro lato, non è consentito avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario per perseguire, attraverso l'organizzazione collettiva, finalità diverse da quelle che per legge debbano essere proprie di questa⁶⁷. In presenza di elementi obbiettivi i giudici nazionali possono tener conto, caso per caso, del comportamento dei soggetti che abbiano posto in essere condotte abusive o fraudolente, per poi negare loro, se necessario, il beneficio delle norme comunitarie invocate⁶⁸. Il giudice nazionale può addirittura limitare l'accesso alla giustizia, qualora il deposito di un ricorso giurisdizionale miri a conseguire un esercizio abusivo del diritto di agire in giudizio⁶⁹ o a distogliere la controparte nel contenzioso dal proprio giudice "naturale"⁷⁰. Non è pertanto azzardata la tesi di chi sostiene che il divieto dell'«*abuso del diritto*» assurge, grazie all'attività della Corte di giustizia, a vero e proprio parametro interpretativo, che impedisce di beneficiare delle situazioni giuridiche soggettive ri-

⁶⁶ Il diritto alla libera circolazione delle società e a non essere discriminati per la nazionalità spingerebbe la Corte di giustizia a preferire la c.d. "teoria dell'incorporazione" alla c.d. "teoria della sede", avendo quest'ultima l'effetto di legittimare il mancato riconoscimento delle società straniere ritenute non validamente costituite secondo l'ordinamento del foro (A. RUSTICO, *La sede dei gruppi multinazionali*, in questa *Rivista*, 2007, p. 478).

⁶⁷ V. sul punto la ricostruzione di K. ENGSIG SORENSEN, *Abuse of right in Community law*, cit. *supra*, nota 65, p. 449 ss. La Corte di giustizia riconosce, in via generale, l'interesse legittimo degli Stati ad impedire che le possibilità offerte dal Trattato vengano sfruttate per sottrarsi all'imperio delle leggi nazionali (v. le sentenze del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros*, cit. *supra*, nota 62, punto 24; 30 ottobre 1990 in causa n. C-61/89, *Bouchoucha*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3551, punto 14 e massimata in questa *Rivista*, 1991, p. 92; 7 febbraio 1979 in causa n. C-115/78, *Knoors*, in *Raccolta*, 1979, I, p. 399, punto 25 e in questa *Rivista*, 1979, p. 483).

⁶⁸ V. in particolare la sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2007 in causa n. C-16/05, *Tum & Dari*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7415, punto 64. La Corte ha più volte statuito che il diritto comunitario abbraccia solo "transazioni commerciali normali", non potendo giustificare operazioni con le quali si miri a beneficiare abusivamente dei vantaggi offerti dal Trattato (sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2006 in causa n. C-255/02, *Halifax*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1609, punti 68 e 69) o ad aggirare le stesse norme previste dall'ordinamento comunitario (sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006 in causa n. C-456/04, *Agip Petroli*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3395, punti 19-21).

⁶⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 12 maggio 1998 in causa n. C-367/96, *Kefalas*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2843, punto 43; e del 23 marzo 2000 in causa n. C-373/97, *Diamantis*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1705, punto 33. Nel primo caso la Corte ha richiesto «indizi gravi e sufficienti» in presenza dei quali sia possibile ritenere che l'azione voglia perseguire vantaggi illegittimi e manifestamente estranei agli obbiettivi delle norme invocate dal ricorrente; nel caso *Diamantis*, invece, il riconoscimento dell'abuso è stato subordinato all'accertamento che tra più vie di ricorso se ne scelga una «sproporzionata», come può essere quella che cagioni il maggior danno alla controparte. Le due sentenze della Corte sono state ampiamente commentate da M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, p. 143 ss. e p. 183 ss.

⁷⁰ Sentenza del 26 maggio 2005 in causa n. C-77/04, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne e.a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 4509, punto 25.

conosciute dal diritto comunitario quando si perseguano scopi che non ricadano nelle finalità di questo⁷¹. Il divieto di abuso del diritto è stato recentemente ricondotto, in modo inequivocabile, tra i principi generali del diritto comunitario⁷². Come tale, dunque, esso ha rango superiore rispetto al diritto derivato – di cui può limitarne l'efficacia anche qualora manchi una specifica disposizione interna di trasposizione della norma invocata⁷³ – e costituisce parametro per sindacare gli atti posti in essere dalle autorità nazionali⁷⁴.

In materia societaria l'ordinamento comunitario presenta tuttavia una lacuna. Esso non fornisce indicazioni per disciplinare il fallimento di quelle società collegate la cui crisi finanziaria consegua a condotte fraudolente. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia l'esigenza di garantire lo stabilimento sembra importante al punto da non giustificare, in linea di principio, alcuna tipizzazione delle ipotesi con le quali superare il criterio formale della personalità giuridica delle società. Lo dimostra il fatto che la Corte non abbia mai astrattamente segnalato, in positivo, gli elementi sufficienti ad accertare la sussistenza dell'abuso e della frode al diritto⁷⁵. Il problema sembra ancor più grave qualora si frodi il diritto attraverso lo stabilimento secondario. Si consideri, ad esempio, che il mero accertamento circa *i.* la creazione di una controllata da parte di una società residente in un diverso Stato membro⁷⁶, *ii.* l'elargizione di prestiti finanziari da e a favore di entità dello stesso gruppo⁷⁷, o *iii.* la detenzione di un'alta partecipazione azionaria che conferisca alla controllante una sicura influenza sulle decisioni amministrative della controllata situata in altro Paese⁷⁸, non giustifica restrizioni all'applicazione degli artt. 43

⁷¹ K. ENGSIG SORENSEN, *Abuse of right*, cit. supra, nota 65, p. 429. Sul carattere interpretativo del divieto dell'abuso v. in giurisprudenza la sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 1996 in causa n. C-222/94, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4025, punto 60, in cui la Corte mostra una chiara preferenza per le interpretazioni della libertà di stabilimento che riducano il più possibile il rischio di abusi.

⁷² Sentenza del 5 luglio 2007 in causa n. C-321/05, *Kofoed*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 5795, punti 37 e 38. Anteriormente a questa pronuncia la dottrina si era già interrogata circa l'appartenenza del divieto di abuso del diritto ai principi generali dell'ordinamento comunitario (v. il saggio di S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 292 ss.).

⁷³ V. sentenza della Corte di giustizia del 5 luglio 2007 in causa n. C-321/05, *Kofoed*, loc. cit., punto 40 ss.

⁷⁴ Sulla funzione dei principi generali all'interno dell'ordinamento comunitario rinviamo a T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2007, p. 124 ss.

⁷⁵ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode*, cit. supra, nota 69, p. 220 ss.; A. DELLA CHIA, *Companies, right of establishment and the Centros judgment of the European Court of Justice*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 930 ss.; S. FERRARIS, *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria*, cit. supra, nota 61, p. 738.

⁷⁶ Sentenza del 12 settembre 2006 in causa n. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7995, punto 50.

⁷⁷ Sentenza del 13 marzo 2007 in causa n. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2107, punto 73 e massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 517.

⁷⁸ Sentenza del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *Test Claimants in the FII group litigation*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11753, punto 37 e in questa *Rivista*, 2007, p. 695 con commento di A.

e 48 del Trattato CE. Vi sono poi delle condizioni generali di cui la Corte lussemburghese pretende sempre il rispetto. Quando gli ordinamenti nazionali intendono restringere il godimento dello stabilimento di determinate persone giuridiche, le misure limitative devono essere valutate caso per caso, sulla base di elementi oggettivi ed in rapporto a quelle che sono le finalità del legislatore comunitario in materia⁷⁹. Tali misure devono altresì riscontrare quattro requisiti, cioè incidere «in modo non discriminatorio, essere giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo»⁸⁰.

Nonostante la forte tutela apprestata in sede interpretativa, vi sono degli spazi, seppur residui, in cui rinveniamo la possibilità di "forare" lo schermo societario prescelto. Limitatamente all'oggetto della presente indagine, facciamo riferimento al caso in cui più procedure riguardanti lo stesso gruppo insolvente, aperte in differenti Paesi membri, determinino una ingiustificata disparità di trattamento tra i creditori delle società collegate. Questa disparità potrebbe riguardare, in particolare, due ipotesi tra loro opposte: sia il caso in cui i creditori di una controllata non possano concorrere sul patrimonio della capogruppo, nonostante essa ne abbia garantito le obbligazioni, detenuto le partecipazioni e provocato poi il dissesto con la propria politica amministrativa; sia il caso in cui gli stessi creditori, sebbene consci di avere intrattenuto rapporti con un'entità "*fantoccio*" (ad esempio perché contribuivano alla sua gestione), si avvalgano fraudolentemente del diritto comunitario chiedendo l'apertura di una procedura principale nel Paese membro in cui si trovi la sede statutaria della controllata, al solo fine di evitare qualsiasi forma di centralizzazione con le procedure delle altre entità del gruppo, e concorrere così in via esclusiva sul patrimonio della affiliata (v. quanto accaduto nel caso *Eurofood*)⁸¹.

6. *Segue: Stabilimento "reale" e ordinamento "naturale" delle controllate*

Per la dottrina può parlarsi propriamente di frode alla legge quando una situazione giuridica soggettiva riconosciuta dal diritto comunitario venga uti-

COMPASSI, *L'evoluzione del diritto comunitario in tema di ripetizione di tributi indebitamente versati e domanda per il risarcimento del danno*, p. 701.

⁷⁹ V., *ex multis*, sentenze del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros*, cit. *supra*, nota 62 e del 21 novembre 2002 in causa n. C-436/00, *X e Y*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10829, punto 42.

⁸⁰ V., *ex multis*, la sentenza del 27 ottobre 2005 in causa n. C-234/03, *Contse SA*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9315, punto 25.

⁸¹ Riguardo in particolare a questa seconda ipotesi vedi l'analisi di A. MUSCAT, *The liability of the holding company*, cit. *supra*, nota 56, p. 200 ss.

lizzata per perseguire uno scopo elusivo, con la conseguenza di aggirare le norme "naturali" che verrebbero altrimenti applicate in ragione dell'effettiva localizzazione delle attività economiche. Nel diritto comunitario la rilevanza della frode presuppone la presenza di molteplici regolamentazioni nazionali, le cui divergenze vengano sfruttate scegliendo quella che offra maggiori vantaggi⁸². La ricerca della *lex concursus* ritenuta più favorevole non è, in linea di principio, censurabile. Lo diventa quando essa cagioni «un'ingiustificata disparità tra le parti di una controversia in rapporto alla tutela dei loro rispettivi interessi». In questi casi, infatti, la repressione del *forum shopping* da parte degli ordinamenti nazionali «costituisce una legittima finalità normativa»⁸³.

La disciplina comunitaria sulle procedure d'insolvenza contempla, tra i suoi principi ispiratori, proprio la necessità di contrastare comportamenti abusivi di questo tipo posti in essere a danno della controparte. Il buon funzionamento del mercato interno presuppone, come suggerisce il quarto considerando del regolamento n. 1346/2000, la dissuasione di coloro che vogliano trasferire beni o procedimenti giudiziari da un Paese ad un altro per conseguire una migliore situazione giuridica⁸⁴. Questa finalità non dovrebbe però poggiare su un'ingiustificata parificazione delle parti. Occorre distinguere, al contrario, la specifica posizione di ciascuna e le peculiarità che la contraddistinguono – compreso l'intento concreto che si intende perseguire con la tutela giurisdizionale – dalla posizione della controparte. Con la recente sentenza *Deko Marty* la Corte di giustizia deduce dal quarto considerando – oltre che da altri obiettivi del regolamento n. 1346/2000 – la necessità di attribuire al giudice competente ex art. 3, par. 1, il potere giurisdizionale sulle azioni derivanti direttamente dalla procedura d'insolvenza (v. *infra*)⁸⁵. Si vorrebbe così evitare il *forum shopping* del curatore che, in difetto di specifiche norme comunitarie sulla giurisdizione in materia di procedimenti ancillari al fallimento, esperisca un'azione revocatoria nell'ordinamento ritenuto più idoneo, se-

⁸² M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie*, cit. *supra*, nota 62, p. 96 ss.; ID., *Abuso del diritto*, cit. *supra*, nota 69, p. 186; S. CAFARO, *L'abuso di diritto*, cit. *supra*, nota 72, p. 293 ss.

⁸³ Conclusioni dell'Avvocato Generale, Ruiz-Jarabo Colomer, depositate nella causa n. C-1/04, *Staubitz*, cit. *supra*, nota 65, punto 73. Sulla legittimità del *forum shopping* nella giurisprudenza della Corte di giustizia v. *inter alia* le sentenze del 26 ottobre 1999 in causa n. C-294/97, *Euro-wings*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7447, punto 44; e del 15 luglio 2004 in causa n. C-315/02, *Lenz*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 7063, punto 41 ss. Per M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode*, cit. *supra*, nota 69, p. 222 ss., spetta pertanto al giudice interno che si trovi a valutare una possibile ipotesi di abuso, l'onere di verificare se la stessa norma comunitaria non intenda attribuire agli interessati la possibilità di scegliere in quale Paese incardinare le proprie attività.

⁸⁴ M. GESTRI, *Abuso del diritto*, loc. cit., p. 160.

⁸⁵ Sentenza del 12 febbraio 2009 in causa n. C-339/07, *Deko Marty*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 21 ss. Nel caso in questione il Bundesgerichtshof aveva domandato alla Corte di giustizia di chiarire, in particolare, se i giudici di uno Stato membro nel cui territorio è aperta una procedura d'insolvenza sono forniti di competenza internazionale, ai sensi del regolamento n. 1346/2000, per decidere su un'azione revocatoria fallimentare iniziata nei confronti di un convenuto domiciliato in un altro Stato membro.

condo una valutazione empirica, a reintegrare il patrimonio del debitore. Non si comprende però – soprattutto alla luce di una carenza del regolamento n. 1346/2000, cui solo le regole giurisdizionali interne dovrebbero rimediare⁸⁶ – la ragione per la quale tale condotta sia considerata riprovevole, visto che l'interesse del curatore sarebbe quello, al più, di agire nel foro maggiormente appropriato a sanzionare la pregressa condotta abusiva del debitore⁸⁷. Inoltre, la regola della c.d. *vis «attractiva concursus»*, che la Corte di giustizia fa propria del regolamento, nonostante garantisca maggior prevedibilità al titolo di giurisdizione, può portare ad esiti contrari all'obiettivo di combattere il *forum shopping*. Un debitore prossimo al fallimento sarebbe infatti libero di perpetrare la frode localizzando, prima della dichiarazione di insolvenza, il centro degli interessi principali nel Paese che meno garantisca al creditore il soddisfacimento attraverso i mezzi di conservazione della garanzia generica. Nel caso *Deko Marty* l'obiettivo di cui al quarto *considerando* non pare perseguito correttamente dall'interprete.

Se dunque è preferibile un'indagine del giudice sulla specifica condotta processuale di ciascuna parte, l'obiettivo di combattere la frode alla legge nell'insolvenza dei gruppi, in particolare, necessita altresì di verificare il tipo di rapporti organizzativi tra le varie entità di uno stesso gruppo. Alcune pronunce nazionali – con le quali il regolamento n. 1346/2000 è stato applicato ai gruppi di società facendo coincidere il centro degli interessi principali delle controllate con la sede direttiva e amministrativa della controllante – consentono di ricostruire gli elementi comuni a quella ipotesi di abuso con la quale si voglia sottrarre segmenti del gruppo alle obbligazioni assunte con i creditori. Tali elementi sono: *i.* la costituzione di una o più controllate che abbiano come punto di riferimento i meri interessi della capo gruppo; *ii.* la conseguente localizzazione della prevalenza (se non totalità) delle loro attività economiche nel Paese di quest'ultima; *iii.* il radicamento, per converso, della sede statutaria in un altro ordinamento, ritenuto più vantaggioso rispetto a quello della società madre; *iv.* la sussistenza, infine, di un nesso economico di causalità tra il dissesto della capo gruppo e quello delle affiliate⁸⁸.

⁸⁶ P. DE CESARI, *La revocatoria fallimentare tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 1001.

⁸⁷ Nella sentenza *Deko Marty*, cit. *supra*, nota 85, punto 17, la stessa Corte di giustizia riconosce che l'azione revocatoria in questione, disciplinata dall'art. 129 ss. dell'Insolvenzordnung tedesco, avrebbe «lo scopo di aumentare gli attivi dell'impresa sottoposta a procedura d'insolvenza».

⁸⁸ Nella giurisprudenza italiana v. Tribunale di Roma, sent. del 14 agosto 2003, *Cirio Del Monte NV*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 685; Tribunale di Roma, sent. del 26 novembre 2003, *Cirio Holding Luxembourg*, *ivi*, p. 691; Tribunale di Parma, sent. del 4 febbraio 2004, *Parmalat Netherlands BV*, *ivi*, p. 694; Tribunale di Parma, sent. del 20 febbraio 2004, *Eurofood IFS Limited*, in *Foro it.*, 2004, c. 1567. Nella giurisprudenza straniera: High Court, sent. del 16 maggio 2003, *Daisytek ISA*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 774; High Court, sent. del 2 luglio 2004, *Aim Underwriting Agencies (Ireland) Limited*, in *Int. litigation procedure*, 2005, p. 254. Come osserva I. RONEN MEVORACH, *The road to a suitable and comprehensive global approach to insolvencies within multinational corporate group*, International Insolvency Institute, 2005, p. 76, la c.d. «con-

Quando una società viene privata della propria autonomia finanziaria e amministrativa per volere di un'altra entità che ne detiene un'influente partecipazione azionaria, l'abuso della personalità giuridica potrebbe essere legittimamente sanzionato sottoponendo ambedue le società al loro ordinamento naturale, che corrisponde a quello da cui la direzione unitaria è stata condotta⁸⁹. L'esigenza di punire l'abuso consentirebbe di andare oltre il criterio formale della personalità giuridica. Nel caso in cui rilevi l'applicazione del regolamento n. 1346/2000 questo determinerebbe il superamento della presunzione di coincidenza tra la sede statutaria e il centro degli interessi principali. La nostra convinzione ha un duplice fondamento.

i. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia lo stabilimento implica la possibilità di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di un Paese membro diverso dal proprio. L'applicazione delle relative norme del Trattato è per questo condizionata ad una «presenza permanente» nello Stato membro ospitante. Tale tipo di presenza presuppone sia un «insediamento effettivo» sia un «esercizio dell'attività economica» che possa qualificarsi come «reale»⁹⁰. Alcune sentenze aiutano a chiarire il significato di tali requisiti. La Corte ha precisato, ad esempio, che per essere presenti in modo permanente nello Stato ospitante non è sufficiente il mero possesso di beni immobili, dovendo tali beni essere gestiti attivamente⁹¹. Si è altresì stabilito che la mera registrazione di una società (nel caso di specie si trattava di registrazione finalizzata all'immatricolazione di una nave) non basta per go-

trollata servile», «entails the scenario of a subsidiary that is not allowed to act as an independent profit centre. This typically happens when a parent corporation dominates the subsidiary while the affairs of the latter are conducted by and in the interest of the parent or of the group as a whole. This may lead to group profit maximization, transfer pricing, diversion of corporate opportunities, and manipulation of assets or shell subsidiaries. Manipulation of assets (...) may take the form of commingling of assets, movement of funds, draining of assets, financial support of the group and generally the operation of the subsidiary without a profit motive». Nei casi di società quotate in borsa per V. SANGIOVANNI, *Emissioni di obbligazioni e scandali finanziari tra diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Le società*, 2007, p. 553, un'ipotesi di frode alla legge idonea a limitare il godimento della libertà comunitaria di stabilimento potrebbe essere rinvenuta quando una controllata risulti costituita al solo scopo di ingannare i risparmiatori.

⁸⁹ Per la Corte di giustizia – sentenza del 10 luglio 1986 in causa n. C-79/85, *Segers*, in *Raccolta*, 1986, I, p. 2375, punto 17 – il Trattato consente di prevenire gli abusi autorizzando, entro certi limiti, l'applicazione di un regime speciale alle società costituite secondo il diritto di un altro Stato membro. La tutela dell'ordine pubblico è uno dei motivi che giustifica l'applicazione di regimi speciali.

⁹⁰ Sentenze del 12 settembre 2006 in causa n. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *cit. supra*, nota 76, punti 54 e 55; e del 14 settembre 2006 in causa n. C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8203, punti 18 e 19. Nell'ordinamento comunitario non si rintraccia una nozione uniforme di «presenza permanente». La Corte lussemburghese (sentenza dell'11 aprile 2004 in causa n. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2409, punto 54) ha riconosciuto, ad esempio, la possibilità di sanzionare le persone che si stabiliscano in un altro Paese membro per un periodo di tempo breve, al solo scopo di eludere l'applicazione delle norme fiscali del proprio ordinamento.

⁹¹ Sentenza del 14 settembre 2006 in causa n. C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, *loc. cit.*, punto 19. Anche un ufficio di responsabilità di un mandatario della società madre deve essere gestito in maniera stabile. V. la sentenza del 4 dicembre 1986 in causa n. C-205/84, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1986, p. 3755, punto 20 ss.

dere dei benefici derivanti dall'art. 43 del Trattato, se tale registrazione non è strumentale al conseguente esercizio di un'attività economica⁹². Per la stessa ragione, le società «*brass plate*»⁹³ o «*letter box*»⁹⁴, che non svolgono attività nel territorio della loro sede, vanno considerate strutture di mero artificio. La libertà di stabilimento secondario sembra quindi potersi legittimamente esercitare solo in presenza di mezzi umani e tecnici che, da un lato, caratterizzino l'insediamento e lo rendano riconoscibile ai terzi e dall'altro consentano di svolgere l'attività economica in maniera autonoma nello stesso Paese ospitante, cioè nel luogo in cui tale insediamento è stato localizzato. Per quanto concerne questo secondo aspetto, in particolare, l'esercizio di un'attività economica effettiva presupporrebbe che le funzioni direttive necessarie a far funzionare l'insediamento siano impartite nello stesso Paese ove esso è localizzato. Altrimenti l'attività economica non sarebbe reale, in quanto l'assenza di un'autonoma organizzazione farebbe pensare a un insediamento fittizio o comunque meramente strumentale alla migliore gestione dello stabilimento primario. Per le società controllate da un'entità stabilita in un diverso Paese membro non ci dovrebbe essere, quindi, alcuna dicotomia tra attività strategico-direzionale (sede amministrativa) e attività economica (sede dei beni). Per godere legittimamente dei benefici offerti dal Trattato CE lo svolgimento della seconda sarebbe condizionato dalla sussistenza della prima.

Intesa in questo senso, la presenza di un corredo umano e tecnico «in termini di locali, di personale e di attrezzature» – cui fa riferimento la Corte di giustizia nella sentenza *Cadbury Schweppes* – è allora l'elemento che distingue l'esercizio consentito della libertà di stabilimento da un suo esercizio abusivo posto in essere dal Paese dello stabilimento primario. L'assenza di un tale corredo impedisce di configurare elementi oggettivi che aiutino i terzi a riconoscere lo stabilimento e non permette, perciò, di rinvenire l'esercizio di un'attività economica avente una durata di tempo indeterminata⁹⁵. La conseguenza sarebbe una sola. Il godimento della libertà di stabilimento non avrebbe giustificazione e si imporrebbe l'esigenza di rinvenire l'ordinamento naturale dello stabilimento secondario nel Paese in cui viene esercitato quello primario⁹⁶.

⁹² Sentenza del 25 luglio 1991 in causa n. C-221/89, *The Queen*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 3905, punto 21.

⁹³ Sentenze del 28 giugno 2007 in causa n. C-73/06, *Planzer Luxembourg Sàrl*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 5655, punto 62 e del 12 settembre 2006 in causa n. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *cit. supra*, nota 76, punto 68.

⁹⁴ Sentenza del 2 giugno 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, *cit. supra*, nota 8, punto 35.

⁹⁵ Sentenze del 16 settembre 2006 in causa n. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *loc. cit.*, punti 57 e 66 ss.

⁹⁶ Preme fare una precisazione. Le «*subservient subsidiaries*» (A. MUSCAT), cui facciamo riferimento, non devono essere confuse con le «*pseudo-foreign corporations*» teorizzate da E. LATTY, *Pseudo foreign corporation*, in *Yale law journal*, 1955, p. 137 ss. Attraverso l'utilizzo di queste seconde l'attività economica viene svolta esclusivamente presso la sede secondaria – anziché nello Stato dello stabilimento primario dove è situata la sede statutaria della società – al fine di sottrarsi

ii. La «dottrina Eurofood» ha generato una evidente discrasia nei rapporti tra l'ordinamento italiano e quello comunitario. Al dogma dell'autonoma soggettività giuridica delle società di un gruppo insolvente non può facilmente conseguire, in virtù del primato comunitario, la disapplicazione delle norme interne che configurino l'*impresa di gruppo* o che estendano la procedura concorsuale ad imprese straniere.

Per la Corte di giustizia l'applicazione del regolamento n. 1346/2000 muove dalla premessa dell'unità soggettiva dell'impresa insolvente. Questo presupposto è tuttavia istituzionalmente assente nelle *imprese di gruppo*, cui l'ordinamento italiano tende a ricondurre effetti sempre più consistenti. A dispetto del diritto commerciale dell'Unione europea, l'art. 2497 del codice civile delinea una disciplina generale per l'abuso della personalità giuridica⁹⁷. Grazie alla recente riforma del diritto societario è possibile far valere la sostanziale unità economica dei gruppi – andando oltre la formale distinzione delle diverse persone giuridiche – nei casi in cui la società madre, che eserciti a qualunque titolo un controllo su altre società, agisca «in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale»⁹⁸. La capogruppo può quindi essere direttamente responsabile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., sia nei confronti dei soci delle società del gruppo per il «pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale»⁹⁹, sia nei confronti dei creditori sociali «per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società» su cui si è abusato. La Corte di cassazione ha statuito, in una importante decisione, che le norme del codice civile relative a «*Direzione e coordinamento di società*» (2497-2497 sexies), in vigore dal 1° gennaio 2004, hanno configurato l'*impresa di gruppo* – pur non avendone enucleato una definizione – consentendo all'interprete di superare la personalità giuridica delle singole società collegate. Lo svolgimento di una vera e propria funzione imprenditoriale di indirizzo e di coordinamento delle controllate (c.d. *holding pura*) è fonte di responsabilità civile per l'*impresa-holding* cui vada imputata la *ma-la gestio* unitaria del gruppo. L'attività di direzione e coordinamento, con la

alla *lex incorporationis* più severa di quella del Paese dello stabilimento secondario. Nella giurisprudenza vedi le sentenze della Corte di giustizia del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros*, cit. supra, nota 62 e del 30 settembre 2003 in causa n. C-167/01, *Inspire Art*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10155, in particolare il punto 95. Nella dottrina italiana rinviamo a T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società*, cit. supra, nota 63, p. 669 ss.; M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione*, cit. supra, nota 63, p. 569 ss.; A. DELLA CHIA, *Companies, right of establishment*, cit. supra, nota 75, p. 925 ss.; M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento*, cit. supra, nota 62, p. 71 ss.; A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento*, cit. supra, nota 62, p. 1292 ss.

⁹⁷ V. anche l'art. 90 del dlvo n. 270 dell'8 luglio 1999 («Legge Prodi bis»).

⁹⁸ Dlvo n. 6 del 17 gennaio 2003, *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative*, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, in *Guri* n. 17 del 22 gennaio 2003.

⁹⁹ Secondo il Tribunale di Bologna, Sezione IV, sent. del 12 aprile 2006, in *www.giuraemilia.it*, l'art. 2497 c.c. non consente tuttavia di conseguire, in maniera diretta, il risarcimento dei danni incidenti sul patrimonio personale, essendo, quello cui fa riferimento il legislatore italiano, un pregiudizio riguardante solo il valore o la redditività della partecipazione sociale.

quale sia stato sviluppato un unico disegno imprenditoriale, diviene perciò l'elemento che vulnera il principio di autonomia patrimoniale delle singole società collegate, per integrare un autonomo centro di imputazione¹⁰⁰. Sembra pertanto che la Corte di cassazione abbia avvicinato la nozione interna di impresa a quella enucleata dalla Corte di giustizia per l'applicazione delle norme comunitarie *antitrust*, con cui già da tempo il criterio formale della personalità giuridica era stato superato.

Il presupposto dell'unità soggettiva dell'impresa insolvente, su cui il regolamento n. 1346/2000 viene fondato, può altresì collidere con quelle norme procedurali interne che garantiscono il coordinamento tra le procedure promosse nei confronti di più imprese dello stesso gruppo. Sia il Titolo IV del d.lgs. n. 270/99 (c.d. «*Prodi bis*»)¹⁰¹ sia l'art. 3 della l. n. 39 del 18 febbraio 2004, (c.d. «*Legge Marzano*»)¹⁰² legittimano l'estensione della procedura di amministrazione straordinaria della capo gruppo ad altre entità collegate¹⁰³. Per questa ragione nel caso *Eurofood* erano sorti i ben noti problemi di coordinamento con la disciplina comunitaria su cui la Corte lussemburghese è in-

¹⁰⁰ Cass. pen., sez. V, sent. del 18 novembre 2004, n. 10688, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747, con nota di F. LEMME. Questa decisione segna uno spartiacque rispetto al precedente orientamento, che considerava il gruppo un fenomeno squisitamente economico e privo di un centro di interessi autonomi rispetto alle società collegate (v., *inter alia*, Cass., sent. del 23 aprile 1992, n. 11645, in *Giur. it.*, 1993, p. 950 e sent. dell'11 novembre 1992, n. 12114, in *Foro it.*, 1993, c. 367). Anche anteriormente alla riforma del diritto societario, entrata in vigore come ricordato nel 2004, l'esigenza di sanzionare l'abuso della personalità giuridica aveva già spinto l'interprete a mettere in discussione l'alterità soggettiva di più persone giuridiche collegate tra loro. Alcune sentenze significative si rintracciano, ad esempio, in tema di tutela dei lavoratori subordinati, là dove la Cassazione ha rinvenuto un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro in vista di un contemporaneo utilizzo della medesima prestazione lavorativa da parte di più società. V. *inter alia* Cass. Civ., sez. lavoro, sent. del 24 marzo 2003, n. 4274 (e giurisprudenza conforme *ivi* richiamata), in *Giur. it.*, 2003, p. 1508.

¹⁰¹ In *Guri* n. 185 del 9 agosto 1999. Le norme del Titolo IV erano già state introdotte, con formulazione molto simile, dalla l. n. 95/79 (c.d. *legge Prodi*). Sull'amministrazione straordinaria vedi L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2005 e il commento alla relativa giurisprudenza di M. GALIOTO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2003. Sulla estensione della procedura di amministrazione straordinaria da una ad altre imprese del gruppo vedi in particolare A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in G. RAGUSA MAGGIORE - G. TORTORICI (a cura di), *Crisi di impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa*, Padova, Cedam, 2002, p. 318 ss.

¹⁰² L. conversione del d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003 sulla ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza, in *Guri* n. 42 del 20 febbraio 2004, successivamente modificata con l. n. 166 del 5 luglio 2004, in *Guri* n. 156 del 6 luglio 2004, e l. n. 6 del 28 gennaio 2005, in *Guri* n. 22 del 28 gennaio 2005. In dottrina si veda M. MONTANARI, *L'amministrazione straordinaria delle "grandissime" imprese in stato d'insolvenza (c.d. Legge Marzano): profili problematici del procedimento d'apertura*, in *Il diritto fallimentare*, 2005, p. 290 ss.; C. PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare*, 2005, p. 253 ss.; S. BONFATTI, *Le procedure di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevante dimensione ("legge Marzano")*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 362 ss.

¹⁰³ Si consideri, tuttavia, che la normativa italiana sulla procedura di amministrazione straordinaria non è una vera e propria disciplina sull'insolvenza dei gruppi. La mancanza di un concetto giuridico di «insolvenza di gruppo» nel nostro ordinamento non consente ancora l'automatica ammissione di più società collegate alla stessa procedura. Ai fini dell'apertura di tale procedura occorre quindi fare riferimento all'insolvenza di ciascuna singola società collegata. V. sul punto L. FARENGA, *L'amministrazione straordinaria*, cit. *supra*, nota 101, p. 112 ss.

tervenuta a seguito del rinvio pregiudiziale irlandese. Proprio la sentenza della Corte resa nel caso di specie è destinata a cronicizzare tali problemi. Le norme sull'amministrazione straordinaria, al pari dell'art. 2497 c.c., potrebbero avere un "referente" collocato nel rango primario del nostro ordinamento interno. Secondo alcuni, infatti, il gruppo societario viene addirittura legittimato attraverso l'art. 41 della Costituzione italiana, il cui primo comma concepirebbe la libertà di iniziativa economica come possibilità di scegliere sia il settore produttivo sia il tipo di organizzazione ritenuta più adatta per l'esercizio dell'attività di impresa¹⁰⁴. Non intendiamo certo dire, richiamando questo orientamento, che la «dottrina Eurofood» finisce per menomare tale norma fondamentale. Tuttavia gli effetti, anche finalizzati a garantire una effettiva *par condicio creditorum*, che l'ordinamento italiano riconduce alle aggregazioni societarie rimangono indubbiamente compromessi, là dove, ai fini della dichiarazione d'insolvenza, tale dottrina impone una sola organizzazione – quella caratterizzata dall'unità soggettiva dell'impresa da sottoporre a procedura principale – senza possibilità di deroga.

Non bisogna sottacere un altro problema di coordinamento tra i due ordinamenti. Una imposizione del criterio formale della personalità giuridica tale da non ammettere eccezioni finirebbe per ledere il diritto/dovere costituzionale delle persone, sia fisiche che giuridiche, ad essere sottoposti al proprio giudice *naturale* in conformità all'art. 25, comma I, della Costituzione¹⁰⁵. Pensiamo all'ipotesi di un gruppo divenuto insolvente a causa della *mala gestio* della società madre, con sede in Italia, che abbia abusato della personalità giuridica nei confronti delle controllate localizzate in altri Paesi membri (v. il caso *Eurofood*). L'ordinamento italiano – la cui legge sanziona l'abuso della personalità giuridica e legittima il giudice ad estendere l'amministrazione straordinaria della società madre ad altre entità collegate – attrarrebbe a sé tutte le società asservite al volere della *holding* italiana, in quanto la nostra giurisdizione verrebbe considerata "precostituita" nei confronti dell'impresa di gruppo intesa unitariamente. In altri termini, quando a un abuso della personalità giuridica consegue il dissesto dell'impresa di gruppo costituita da più società localizzate in diversi Paesi dell'Unione, la responsabilità *aquiliana* della società madre con sede in Italia e la sua conseguente dichiarazione di insolvenza sono elementi che "precostituiscono" il giudice italiano quale giudice naturale anche verso le componenti straniere dell'impresa di gruppo. Si potrebbe anche dire che la personalità giuridica non avrebbe più alcun valore e i centri degli interessi principali di ciascuna controllata andrebbero radicati

¹⁰⁴ A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese*, cit. *supra*, nota 101, p. 328.

¹⁰⁵ V. anche il nostro *Concerning Eurofood, Planzer Luxembourg SARL and the Bank of America v. Minister of Productive activities. Some recent issues regarding how the regulation 1346/2000 has been (and could be better) applied*, in *Int. caselaw alert*, III/2007, p. 25 ss.

nell'ordinamento italiano. Qui troviamo il punto di attrito con l'ordinamento comunitario. Per la Corte di giustizia il fatto che le scelte gestionali di una società siano controllate dalla capo gruppo non è sufficiente a far ritenere che il centro degli interessi principali sia in un Paese diverso da quello in cui si trovi la sede statutaria¹⁰⁶.

La previsione di una specifica competenza giurisdizionale per ogni entità giuridicamente distinta stride, pertanto, con il nostro principio costituzionale di naturalità del giudice.

Due motivi spiegano la scarsa attenzione prestata a questa problematica. Tra le libertà fondamentali garantite dall'ordinamento comunitario, attraverso il richiamo dell'art. 6 del Trattato, quella del giudice naturale non ha mai avuto particolare attenzione¹⁰⁷. Questo principio non risulta infatti racchiuso in alcuna norma "formale" di rango primario¹⁰⁸ e neppure si rintracciano pronunce della Corte di giustizia che ne ricostruiscano contenuto e significato. In una delle poche sentenze di nostra conoscenza – resa il 26 maggio 2005 nella causa *GIE Réunion européenne* – la Corte ha utilizzato la garanzia del giudice naturale al fine di evitare che, attraverso i criteri di competenza speciale previsti dalla Convenzione di Bruxelles, il diritto di agire in giudizio sia esercitato abusivamente¹⁰⁹. In tale occasione non è stata tuttavia introdotta una definizione autonoma di "giudice naturale" e, come accaduto altresì per altre libertà fondamentali mutate dalla Convenzione europea e dalle tradizioni costituzionali comuni, l'applicazione di tale principio è stata resa funzionale al perseguimento degli obiettivi propri del processo di integrazione. Neppure la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 6 della Convenzione sembra colmare l'assenza di una nozione comunitaria di giudice naturale. Le applicazioni dei principi di indipendenza e imparzialità del giudice hanno talvolta messo in ombra quello della precostituzione, sebbene anche quest'ultimo figuri nel testo dell'art. 6 della Convenzione¹¹⁰.

¹⁰⁶ Sentenza del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. supra, nota 8, punto 36.

¹⁰⁷ V. sul punto R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 533 ss.

¹⁰⁸ Il diritto di ogni individuo al giudice precostituito per legge è infatti contemplato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza nel 2000, cui non è stato ancora attribuito valore precettivo, e dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che la Corte di giustizia tutela solo per il tramite dei principi generali. Si consideri che l'art. 1, punto 8, del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 dai Capi di Stato e di Governo dei 27 Stati membri, in *Gu-Ue* n. C 306 del 17 dicembre 2007, sostituirà l'art. 6, par. 1, del TUE, conferendo alla Carta di Nizza efficacia giuridica vincolante.

¹⁰⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 26 maggio 2005 in causa n. C-77/04, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne e.a.*, cit. supra, nota 70, punto 32.

¹¹⁰ Sul rilievo dato dalla Corte di Strasburgo al principio del giudice precostituito vedi M. CHIAVARIO, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2006, p. 179 e P. VAN DIJK - G. VAN HOOF - A. VAN RIJN - L. ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention on human rights*, Mortsels, Intersentia, 2006, p. 612 ss. In dottrina è stato rilevato come nell'impianto costituzionale italiano il principio di «naturalità» risulti concepito come un valore

I problemi di coordinamento tra il criterio formale della personalità giuridica e l'art. 25 della Costituzione hanno anche radici più profonde. Nel nostro Paese la naturalità del giudice è il principio cardine su cui l'espletamento delle funzioni giurisdizionali viene fondato¹¹¹. La Corte di giustizia, invece, basa l'applicazione del diritto processuale comunitario su un principio con esso difficilmente conciliabile, vale a dire quello di equivalenza/fungibilità dell'esercizio della giurisdizione civile da parte dei Paesi membri¹¹². Se la tutela apprestata da ciascun Paese membro soddisfa basilari requisiti di efficacia e di rispetto dell'individuo, non vi sarebbe ragione di "forare il velo" dei gruppi. Il sistema processuale di un qualunque Paese membro potrebbe reprimere e sanzionare eventuali abusi societari al proprio interno. L'abuso della personalità giuridica mostra tuttavia che non è così. Senza superare il criterio della personalità giuridica, e quindi la distinzione tra le *leges incorporationis* delle varie entità del gruppo, non vi sarebbe modo di vulnerare l'autonomia patrimoniale della entità che abbia agito in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Le conseguenze di questa profonda divergenza tra il principio costituzionale di naturalità e quello comunitario di equivalenza/fungibilità tra le giurisdizioni potrebbero ripercuotersi sulla fase del riconoscimento. Si pensi proprio al regolamento n. 1346/2000. Ai sensi del suo art. 26 gli Stati membri possono rifiutarsi di riconoscere o di eseguire la procedura d'insolvenza i cui effetti collidano con i principi fondamentali sanciti dalla costituzione dello Stato richiesto¹¹³. A nostro parere il riconoscimento di una decisione di apertura che contrasti con il principio del giudice naturale precostituito per legge potrebbe essere legittimamente rifiutato per motivi di tutela dell'ordine pubblico italiano¹¹⁴. Non si condivide, quindi, la decisione del 25 gennaio 2007 n. 269

aggiunto – e quindi autonomo – rispetto a quello della precostituzione (B. CAPPONI, *Appunti sulla legge processuale civile: fonti e vicende*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 29 ss.).

¹¹¹ R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit. *supra*, nota 107, p. 530 ss.

¹¹² V. le osservazioni critiche di T. BALLARINO - L. MARI, *Uniformità e riconoscimento*, cit. *supra*, nota 26, in particolare p. 28. La conseguenza di tale *equivalenza/fungibilità*, che si fonderebbe sulle tradizioni costituzionali comuni e su regole procedurali tra loro compatibili, è quella di escludere, con la sola eccezione dell'ordine pubblico, ogni possibile verifica della giurisdizione nello Stato membro richiesto (L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale*, cit. *supra*, nota 3, p. 335 ss.). Nella giurisprudenza della Corte di giustizia vedi le sentenze 9 dicembre 2003 in causa n. C-116/02, *Gasser*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14693, punto 72 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 283; 27 aprile 2004 in causa n. C-159/02, *Turner*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3565, punto 24; 1 marzo 2005 in causa n. C-281/02, *Owusu*, cit. *supra*, nota 21, punto 37; 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punto 40.

¹¹³ V. la versione inglese del regolamento n. 1346/2000, ove, a differenza di quella italiana, l'art. 26 fa espressamente riferimento all'ordine pubblico dello Stato membro *richiesto* («[...] would be manifestly contrary to that State's public policy [...]»).

¹¹⁴ Il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge ha carattere generale. Per tale ragione, in linea teorica, esso potrebbe limitare la libera circolazione delle decisioni all'interno dello spazio giudiziario europeo anche nel caso in cui si ponga il problema di riconoscere in Italia gli effetti prodotti da una procedura territoriale sui beni ubicati nel relativo Stato di apertura.

con la quale, conformandosi supinamente all'interpretazione della Corte di giustizia, il Consiglio di Stato ha annullato il decreto di ammissione della *Eurofood* alla procedura di amministrazione straordinaria¹¹⁵. Sebbene sia indiscutibile la priorità temporale dell'iniziativa irlandese rispetto a quella del Tribunale di Parma, alla luce di quanto deciso dalla Corte lussemburghese in merito alla nozione di «decisione di apertura»¹¹⁶, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto comunque interrogarsi sugli effetti del riconoscimento della decisione straniera in Italia, effettuando una ponderata riflessione circa gli strumenti che potrebbero derivare dall'art. 26 del regolamento n. 1346/2000 a tutela del foro interno¹¹⁷. Si sarebbe potuto così invocare il principio di naturalità del giudice, piuttosto che interrompere irreparabilmente il procedimento avviato nel nostro Paese.

7. *Segue: Il problema della precostituzione legale del titolo di giurisdizione nella competenza a conoscere dell'azione revocatoria*

Altri casi successivi a *Eurofood* confermano l'attualità della problematica in questione, relativa alla conformità dei titoli di giurisdizione del regolamento n. 1346/2000 al principio di precostituzione legale del giudice. La sentenza *Deko Marty*, del 12 febbraio 2009, solleva dubbi sul criterio per l'individuazione del giudice competente a conoscere dell'azione revocatoria. Il regolamento n. 1346/2000 si occupa, in generale, dell'inefficacia degli atti pregiudizievoli alla massa dei creditori in tre diverse norme. L'art. 4, par. 2, lett. *m*,

Contra v. E. RICCI, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza*, cit. *supra*, nota 17, p. 403, secondo il quale il problema dell'eventuale violazione dell'ordine pubblico riguarderebbe solo il riconoscimento della procedura principale, non essendo quella secondaria idonea ad importare gli effetti giuridici prodotti in un altro ordinamento.

¹¹⁵ Vedi la decisione in *Il fallimento*, 2007, p. 259 ss., con nota di P. DE CESARI - G. MONTELLA.

¹¹⁶ Tale nozione è contemplata dall'art. 2, lett. *e*, del regolamento n. 1346/2000. Nella sentenza del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punto 45, la Corte di giustizia ha considerato «decisione di apertura» anche quella emessa da un giudice competente con cui si nomina un curatore provvisorio. Questa è una delle ragioni che hanno spinto la Corte a risolvere il conflitto di competenza a favore del giudice irlandese. Su questo passaggio della pronuncia pregiudiziale v. F. JAULT SESEKE - D. ROBINE, *L'interprétation du règlement n. 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, cit. *supra*, nota 8, p. 824.

¹¹⁷ Per la Corte di giustizia la clausola dell'ordine pubblico permette agli Stati membri di adottare misure che esplicino effetti restrittivi sulla libera circolazione delle decisioni, ove ciò risulti giustificato alla luce di obiettivi di tutela di principi fondamentali sindacabili dalla stessa Corte lussemburghese. Vedi le sentenze 28 marzo 2000 in causa n. C-7/98, *Krombach*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1935, punto 26; 11 maggio 2000 in causa n. C-38/98, *Renault*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2973, punto 30; 13 ottobre 2005 in causa n. C-522/03, *Scania Finance France*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 8639, punto 15 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 716; 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punto 65. Come osserva H. MEIDANIS, *Public policy and ordre public in the private international law of the EC/EU: traditional positions of the Member States and modern trends*, in *EL Rev.*, 2005, p. 95 ss., questo controllo della Corte di giustizia sui limiti entro i quali è possibile ricorrere alla clausola dell'ordine pubblico, non implica la costruzione di un ordine pubblico uniforme tendente a sostituire quello dei singoli Paesi membri.

prevede che le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per i creditori siano regolate dalla legge nazionale del luogo in cui è stato aperto il fallimento; l'art. 13 sancisce l'inapplicabilità di questa regola generale se il beneficiario di un atto pregiudizievole riesce a provare che tale atto è soggetto alla legge di un Paese diverso da quello in cui è stato aperto il fallimento principale, e che essa non consente, nella fattispecie, di impugnare l'atto con alcun mezzo. L'art. 18, infine, stabilisce che il curatore della procedura secondaria possa esercitare ogni azione revocatoria nell'interesse dei creditori, in qualsiasi Stato membro. Nessuna di queste norme, pertanto, disciplina i profili di giurisdizione dell'azione revocatoria, lacuna che ha messo in dubbio la sua attrazione all'ambito di applicazione della normativa comunitaria. Secondo alcuni, con la lett. *m* dell'art. 4 il legislatore comunitario farebbe riferimento alla legge processuale, oltre che sostanziale, nel senso di attribuire alla *lex concursus* anche la definizione degli aspetti di rito, compresa l'individuazione del giudice internazionalmente competente in tema di revocatoria¹¹⁸. Sebbene il criterio della *vis attractiva concursus* venga dedotto da un'interpretazione estensiva di un dato normativo, l'art. 4, par. 2, lett. *m*, del regolamento, non si può certo affermare, seguendo questa tesi, di essere di fronte ad un chiaro criterio attributivo di competenza internazionale. Il regolamento introdurrebbe i soli titoli di giurisdizione per l'instaurazione dei procedimenti specificatamente menzionati dall'art. 2: le «procedure d'insolvenza», contenute nell'allegato A (art. 2, lett. *a.*), e le «procedure di liquidazione», elencate nell'allegato B del regolamento (art. 2, lett. *c.*). L'assenza di allegati per i procedimenti ancillari al fallimento non ci pare priva di significato. L'insorgenza del potere giurisdizionale è regolata dall'art. 3, il cui «principio di universalità limitata» paleserebbe l'intenzione del legislatore di indirizzare questa norma alla sola apertura del fallimento¹¹⁹. Per la Corte di giustizia l'art. 3, par. 1, va interpretato, invece, nel senso di attribuire «anche una competenza internazionale allo Stato membro sul territorio del quale la procedura è stata avviata, per conoscere delle azioni che derivano direttamente da detta procedura e che vi si inseriscono direttamente». A dispetto di quella parte della dottrina che giustificava la regola della *vis attractiva concursus* attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 4, par. 2, lett. *m*, la sentenza *Deko Marty* creerebbe addirittura un nuovo titolo di giurisdizione per l'azione revocatoria, seguendo un percorso che lascia perplessi. In questa occasione la competenza del giudice, che abbia già conosciu-

¹¹⁸ V. M. BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliere, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 527, secondo il quale ciò non esclude che l'ordinamento della *lex concursus* possa ammettere la competenza di altri ordinamenti nazionali.

¹¹⁹ F. CORSINI, *Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 435.

to dell'insolvenza del debitore, a conoscere anche della revocatoria, viene dedotta in particolare dal sesto *considerando*¹²⁰, il quale, come tutti gli altri *considerando*, a dispetto degli articoli del regolamento sarebbe privo di un valore precettivo, avendo l'unica finalità di enunciare un obiettivo e guidare l'interprete nell'applicazione delle disposizioni vere e proprie. Alla luce di tale *considerando*, secondo il ragionamento della Corte, l'art. 3, par. 1, del regolamento attribuirebbe un potere giurisdizionale ulteriore, relativamente alle procedure ancillari al fallimento, non esplicitato nel testo letterale della norma. Interpretazione che troverebbe conferma, sempre secondo la Corte, nella previsione del riconoscimento automatico delle decisioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza (art. 25, par. 1, comma II), previsione che ammetterebbe così la possibilità che il giudice investito del potere giurisdizionale, ai sensi dell'art. 3, par. 1, possa esercitare una competenza anche sui procedimenti da cui tali decisioni scaturiscono¹²¹. L'art. 25 è però contenuto nel Capitolo II del regolamento, intitolato «Riconoscimento della procedura d'insolvenza». Questo titolo mostra con chiarezza come le norme in esso contenute intendano rivolgersi unicamente alle attività del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni, mentre le norme sulla competenza internazionale si esauriscono nel Capitolo I («Disposizioni generali»), in particolare, come detto, nell'art. 3 del regolamento. Non parrebbe dunque, alla luce del principio del giudice precostituito per legge, che una norma preposta a disciplinare la delibazione delle decisioni costituisca un appiglio normativo sufficiente a giustificare l'enucleazione, per via pretoria, di un nuovo titolo di giurisdizione.

8. L'interpretazione del concetto di *centro degli interessi principali* alla luce del divieto di frode alla legge

Il principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri mira a superare l'insorgenza dei conflitti di giurisdizione e a garantire la certezza del giudice competente e della legge applicabile. Nella cooperazione giudiziaria civile la progressiva abolizione dell'*exequatur* – che impone di accordare piena fiducia alle valutazioni fatte dal Paese membro "di origine" – riflette il compiuto passaggio della Comunità dall'idea del mercato "comune" a quella del mercato "unico"¹²².

¹²⁰ Sentenza del 12 febbraio 2009 in causa n. C-339/07, *Deko Marty*, cit. *supra*, nota 85, punti 20 e 21. Il sesto *considerando* del regolamento n. 1346/2000 recita: «Secondo il principio di proporzionalità, il presente regolamento dovrebbe limitarsi a disposizioni che disciplinano le competenze per l'apertura delle procedure d'insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse (...)».

¹²¹ Sentenza del 12 febbraio 2009 in causa n. 339/07, *Deko Marty*, loc. cit., punti 25-27.

¹²² T. BALLARINO - L. MARI, *Uniformità e riconoscimento*, cit. *supra*, nota 26, p. 12. Il regolamento n. 1346/2000 è ispirato alla dicotomia tra riconoscimento ed esecuzione delle decisioni su

Proprio un grave problema di certezza del diritto pongono, tuttavia, le conseguenze che l'applicazione di tale principio genera, laddove il diritto comunitario non chiarisce con sufficiente precisione i fattori che identificano i criteri distributivi della competenza¹²³. La fiducia reciproca esclude, in modo assoluto, che il giudice dello Stato richiesto possa controllare la valutazione effettuata dal giudice dello Stato d'origine circa la propria competenza¹²⁴. D'altro lato, il concetto di centro degli interessi principali, per quanto «proprio del regolamento» e dunque «autonomo»¹²⁵, non è stato chiarito dalla Corte di giustizia e tanto meno la sua definizione figura nel testo del regolamento¹²⁶. L'equivalenza dell'esercizio della competenza internazionale tra i Paesi membri, non accompagnata da nitide regole attributive del potere giurisdizionale, genera pertanto un altro aspetto problematico: la ricerca del giudice che reputi di avere rinvenuto, per primo rispetto agli altri, il centro degli interessi principali nel proprio Paese, rischia di diventare prioritaria rispetto alla stessa esigenza di identificare il criterio di giurisdizione in maniera oggettiva. All'applicazione del principio di fiducia reciproca può conseguire, cioè, il riconoscimento di decisioni fondate su una discrezionalità pressoché assoluta del giudice chiamato a verificare se nel proprio Paese figurino gli elementi di radicamento della giurisdizione¹²⁷. Per questo qualcuno ha osservato che, sebbene

cui il regolamento Ce n. 44/2001 già era stato fondato. L'integrale realizzazione del principio del mutuo riconoscimento attraverso l'abolizione dell'*exequatur* è stata raggiunta con i regolamenti riguardanti il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, in *Gu-Ue* n. L 143 del 30 aprile 2004, il procedimento europeo di ingiunzione, in *Gu-Ue* n. L 399 del 30 dicembre 2006, e il procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in *Gu-Ue* n. L 199 del 31 luglio 2007.

¹²³ Il principio di fiducia reciproca sarebbe così indiscutibile anche se il giudice preventivamente adito aprisse la procedura principale a seguito di un'erronea valutazione del criterio di giurisdizione (F. PERSANO, *L'esecuzione delle decisioni nel regolamento CE 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Dir. comm. int.*, 2006, p. 802; L. BACCAGLINI, *Il caso Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, p. 125; A. BERENDS, *The Eurofood case*, cit. *supra*, nota 8, p. 353).

¹²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punto 42 ss. La competenza può essere contestata solo nel Paese in cui è stata emessa la decisione, ricorrendo ai mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale (punto 43).

¹²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, loc. cit., punto 31. Per I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento CE 1346/2000 e la disciplina italiana*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, Cedam, 2006, p. 818, il carattere autonomo della nozione di centro degli interessi principali implica che essa non risulti mutuata dagli strumenti normativi di diritto interno, né da quelli di diritto internazionale.

¹²⁶ V. sul punto le osservazioni di G. MOSS e T. SMITH in G. MOSS - I. FLETCHER - S. ISAACS, *The EC regulation*, cit. *supra*, nota 3, p. 168. Il considerando n. 13 – che rinvia al «luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile ai terzi, la gestione dei suoi interessi» – non ha carattere precettivo, essendo collocato tra i preamboli del regolamento, e neppure vuole definire il criterio di competenza principale (G. MOSS - C. PAULUS, *The European insolvency regulation – the case for urgent reform*, in *Insolvency intelligence*, 2006, p. 2 ss.; S. BUFFORD, *Center of main interests*, cit. *supra*, nota 8, p. 381 ss.).

¹²⁷ Si veda nella giurisprudenza italiana Cass. Civ., sent. del 20 maggio 2005, n. 10606, *Interedil*, punto 3.3, in *Giust. civ.*, 2005, p. 1777, secondo cui spetta al giudice nazionale stabilire la nozione di centro degli interessi principali «alla stregua del proprio ordinamento (ma salvaguardando l'esigenza di un'applicazione uniforme, in linea con il carattere sopranazionale del regolamento)». Già M. BENEDETTELLI, *"Centro degli interessi principali"* cit. *supra*, nota 118, p. 520, suggeriva di risolvere il problema interpretativo rimandando alla *lex fori concursus*, così ammettendo la coesi-

bene manchino norme sulla litispendenza¹²⁸, il buon funzionamento del regolamento n. 1346/2000 sembra fatto dipendere dall'importanza che la priorità temporale ha assunto per l'apertura della procedura principale e la conseguente dichiarazione d'insolvenza del debitore¹²⁹.

La sentenza *Eurofood* ha lasciato aperti numerosi problemi interpretativi. Ci si aspettava, anzitutto, che la nozione di centro degli interessi principali venisse enucleata proprio in tale occasione. La Corte si è invece limitata a delineare un solo esempio – quello della società «letter box» – in presenza del quale è possibile rinvenire il criterio di giurisdizione in un Paese diverso da quello della sede statutaria, affermando che l'individuazione del centro degli interessi principali necessita invece di elementi al tempo stesso obbiettivi e verificabili da parte dei terzi¹³⁰. Tuttavia, l'"identità" dei terzi e la natura dei criteri cui la sentenza *Eurofood* si riferisce non sono state chiarite (ad esempio non sappiamo se anche i lavoratori vadano reputati «terzi»)¹³¹. Dice poi la

stenza di tanti centri degli interessi principali quanti sono i Paesi nei quali il debitore svolge la propria attività. Le esigenze di coordinamento sopranazionali verrebbero comunque soddisfatte, secondo l'autore, dal criterio della priorità temporale (suggerito dal 22° *considerando*) e dal principio del riconoscimento automatico (previsto dall'art. 16), mediante i quali si risolverebbero eventuali conflitti positivi di competenza. V. sul punto anche M. WINKLER, *Le procedure concorsuali*, cit. *supra*, nota 8, p. 19.

¹²⁸ L'art. 16 del regolamento, a norma del quale la decisione di apertura della procedura d'insolvenza si considera riconosciuta in tutto lo spazio giudiziario europeo non appena produce effetto nello Stato d'origine, non è una norma sulla litispendenza, in quanto non disciplina l'eventuale concomitanza di più domande di apertura della procedura principale riguardanti il medesimo debitore (G. SAMORÌ, *Conflitti di competenza nell'apertura delle procedure concorsuali*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2002, p. 294; S. BARIATTI, *Il regolamento*, cit. *supra*, nota 8, p. 211).

¹²⁹ F. JAULT SESEKE - D. ROBINE, *L'interprétation du Règlement n. 1346/2000*, cit. *supra*, nota 8, p. 824. Nella sentenza del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punto 52, la Corte di giustizia ha statuito che il principio di fiducia reciproca previsto dall'art. 16 debba operare "appena possibile". Per questo motivo il concetto di decisione di apertura della procedura d'insolvenza, di cui all'art. 2, lett. e., del regolamento, abbraccia qualunque decisione – fondata sull'insolvenza del debitore e finalizzata all'apertura di una delle procedure menzionate nell'allegato A del regolamento – che comporti lo spossamento del debitore e il trasferimento dei poteri di gestione dei beni a un curatore (punto 54 ss.). Il Consiglio di Stato, decisione del 25 gennaio 2007, n. 269, *Bank of America c. Ministero delle attività produttive*, cit. *supra*, nota 115, ha quindi statuito che il decreto con il quale il Ministro per le attività produttive apre una procedura di amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 3, comma III, d.l. n. 347/2003 (N.B.: decreto di natura amministrativa che precede l'accertamento giurisdizionale dell'insolvenza), costituisce una decisione di apertura della procedura d'insolvenza ai sensi dell'art. 2, lett. e., del regolamento. La pronuncia del Consiglio di Stato mostra come la "rincorsa" all'apertura della procedura abbia addirittura spinto l'autorità italiana a mettere in discussione la natura squisitamente giurisdizionale dell'accertamento della competenza, al fine di anticipare il più possibile gli effetti del proprio potere giurisdizionale.

¹³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, punto 33-35. Come ricordato nella sentenza del 12 settembre 2006 in causa n. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, cit. *supra*, nota 76, punto 55, lo scopo di ostacolare comportamenti fraudolenti, che consistano nel creare «costruzioni puramente artificiali», giustifica restrizioni alla libertà di stabilimento.

¹³¹ Dottrina e giurisprudenza sul punto sono oscillanti. Per P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del COMI*, cit. *supra*, nota 8, p. 1258, la certezza del diritto imporrebbe di abbracciare qualunque persona che vanti ragioni creditorie, compresi i consumatori finali del debitore divenuto insolvente. Condividiamo le osservazioni di J. GARASIC, *What is right and what is wrong*, cit. *supra*, nota 8, p. 94, secondo il quale gli orientamenti giurisprudenziali (v. la sentenza della *High Court* del 16 maggio 2003, *Daisytec ISA*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 779) che riser-

Corte che una società che svolga la propria attività nel Paese di costituzione non può avere il centro degli interessi principali in altra giurisdizione per il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano controllate da una *holding*¹³². Anche questo passaggio della decisione risulta criptico, in quanto non spiega quali siano i fattori che consentono di rinvenire lo svolgimento dell'attività economica nel Paese di costituzione (non è dato sapere, ad esempio, se la localizzazione dei beni del debitore risulti a tal fine rilevante¹³³).

A nostro parere una piena comprensione del regolamento non può derivare dal solo esame delle sentenze interpretative, tra l'altro di numero ancora esiguo, riguardanti l'applicazione delle sue norme¹³⁴. Nel richiedere una specifica competenza giurisdizionale per ciascun debitore distinto sul piano giuridico, la Corte di giustizia applica il criterio formale della personalità giuridica al solo scopo di tutelare la libertà di circolazione che il Trattato CE garantisce alle società commerciali. La libera preferenza per il Paese in cui si intende esercitare lo stabilimento implica la possibilità di scegliere, attraverso valutazioni indipendenti da quelle di eventuali società collegate, l'ordinamento la cui legge fallimentare risulti più conveniente. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libertà di stabilimento spiega dunque il senso della presunzione di coincidenza prevista dall'art. 3, par. 1, del regolamento n. 1346/2000. Il diritto comunitario necessita di un criterio attraverso il quale perseguire l'abolizione delle discriminazioni fondate sul luogo della sede delle società commerciali¹³⁵. A tal fine, la sede statutaria svolge la stessa funzione della cittadinanza per le persone fisiche, cioè determina la sussistenza di un collegamento certo, tra la persona giuridica e uno Stato membro, che giu-

vino la qualifica di «terzi» ai creditori di maggior entità – come i fornitori e gli erogatori di finanziamenti nel caso di società che svolgano attività di commercializzazione – violerebbero, in maniera palese, il principio della *par condicio creditorum* cui si ispira il legislatore comunitario. In senso diverso S. BUFFORD, *Center of main interests*, cit. *supra*, nota 8, p. 370 ss., per il quale la prassi tenderebbe a identificare i terzi con i lavoratori ed i maggiori creditori del debitore.

¹³² Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04, *Eurofood*, cit. *supra*, nota 8, p. 36.

¹³³ In questo senso A. BERENDS, *The Eurofood case*, cit. *supra*, nota 8, p. 346. *Contra* P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del COMI*, cit. *supra*, nota 8, p. 1258 e I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit. *supra*, nota 3, p. 193. Per la giurisprudenza italiana è irrilevante, di per sé, il luogo di situazione dei beni del debitore insolvente (ordinanza Cass. civ., del 28 gennaio 2005, n. 1734, *Santa Maura c. Immobiltrading*, punto 3.2, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 453). Tuttavia, il possesso di beni immobili di rilevante valore può influenzare la determinazione del centro degli interessi principali, in presenza di ulteriori elementi quali la contrazione di obbligazioni e l'esecuzione di contratti di affitto di immobili (v. Cass. Civ., sent. del 20 maggio 2005, n. 10606, *Interedil*, cit. *supra*, nota 127, p. 1779).

¹³⁴ Oltre a *Eurofood*, loc. cit., vedi le sentenze della Corte di giustizia del 12 febbraio 2009 in causa n. C-339/07, *Deko Marty*, cit. *supra*, nota 85; 17 gennaio 2006 in causa n. C-1/04, *Staubitz*, cit. *supra*, nota 65; 17 marzo 2005 in causa n. C-294/02, *Commissione c. AMI Semiconductor Belgium*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2175.

¹³⁵ Sul perseguimento di tale finalità v. la sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1999 in causa n. C-30/97, *Saint-Gobain ZN*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6161, punto 37.

stifichi – salvo abusi – il godimento dei benefici offerti dal Trattato¹³⁶.

La giustificazione di questo collegamento trova tuttavia il suo unico presupposto nella convinzione, ampiamente seguita anche dalla giurisprudenza italiana, che vuole la sede legale essere il «luogo istituzionalmente destinato alle funzioni direttive e organizzative» della società, salva la prova del suo carattere fittizio e il rinvenimento di tali attività altrove¹³⁷. Pertanto, sede statutaria e sede effettiva non sempre coincidono, né possono tra loro essere equiparati¹³⁸. Il criterio della sede effettiva interviene solo laddove si verifichi una dissociazione da quello della sede statutaria. In questo caso, come abbiamo visto, l'esigenza di impedire operazioni di elusione dell'ordinamento "naturale" consente di superare la scelta dei privati circa l'ubicazione dell'ente¹³⁹. Nel regolamento n. 1346/2000 la presunzione di coincidenza tra centro degli interessi principali e sede statutaria sembra ispirata alla medesima logica. Tale presunzione dovrebbe essere intesa alla luce di un ben preciso criterio interpretativo del diritto comunitario delle società, quello che vieta di frodare la legge. Applicando il divieto di frode, il centro degli interessi principali del debitore non potrebbe coincidere con la sede statutaria, quando presso il luogo di questa ultima manchi quella effettiva. Come si è visto, nella giurisprudenza della Corte di giustizia la sede legale non è di per sé criterio giustificativo della libertà di stabilimento.

Interpretata in questo senso, per quanto forte essa sia, la presunzione prevista dall'art. 3, par. 1, del regolamento presuppone la coincidenza tra la sede statutaria e la sede organizzativa della società, in assenza della quale il divieto di frode al diritto impedirebbe di radicare la giurisdizione nel Paese in cui si trovi solo la prima. Diviene dunque di estrema importanza capire quali siano, alla luce del diritto comunitario, i fattori che caratterizzano la sede effettiva.

La sentenza *Planzer Luxembourg* del 28 giugno 2007, interpretativa di alcune direttive sull'armonizzazione delle legislazioni fiscali degli Stati membri¹⁴⁰, ha un particolare valore non solo per il richiamo analogico alla

¹³⁶ V. *ex multis* sentenze della Corte di giustizia 21 settembre 1999 in causa n. C-30/97, *Saint-Gobain ZN*, cit. *supra*, nota 135, punto 35; 13 marzo 2007 in causa n. C-524/04, *Test Claimants*, cit. *supra*, nota 77, punto 37; 18 luglio 2007 in causa n. C-231/05, *Oy AA*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6373, punto 30.

¹³⁷ Cass. Civ., sent. del 28 agosto 2002, n. 12640, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, p. 1599; sent. Cass. Civ. del 7 luglio 1999, n. 7063, in *Il fallimento* 1999, p. 769 ss. Anche nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia la sede effettiva riguarda, *a priori*, la sede sociale. V. in particolare la sentenza del 28 giugno 2007 in causa n. C-73/06, *Planzer Luxembourg Sarl*, cit. *supra*, nota 93, punti 60 e 61 (v. *infra*).

¹³⁸ Sul rapporto tra il criterio del luogo di costituzione e quello della sede reale V. B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2000, p. 847.

¹³⁹ V. sul punto le osservazioni di M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento*, cit. *supra*, nota 62, p. 83 ss.

¹⁴⁰ Nel caso di specie una domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione, da un lato, della direttiva n. 1072 del 6 dicembre 1979, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative all'imposta sulla cifra di affari - Modalità per il rimborso dell'imposta sul valore aggiunto ai soggetti passivi non residenti all'interno del Paese, in *Guce* n. L 331 del

sentenza *Eurofood* che vi compare¹⁴¹, ma soprattutto per aver la Corte fatto coincidere il criterio della «sede dell'attività economica»¹⁴² con quello della sede direttiva e amministrativa delle società, cioè con il luogo in cui vengono adottate le decisioni essenziali concernenti la direzione generale e in cui sono svolte le funzioni di amministrazione centrale¹⁴³. Per concludere che tale luogo corrisponde con quello della sede statutaria, occorre che presso questa ultima si verifichi l'amministrazione centrale e venga adottata, attraverso la riunione dei dirigenti, la politica generale della società. Se l'individuazione di tali elementi non fosse tuttavia di facile percezione (potrebbe essere il caso in cui gli amministratori siano soliti riunirsi in più di un Paese o simultaneamente da più Paesi attraverso la prassi delle *conference call*), la Corte consente di ricorrere al domicilio dei principali dirigenti, al luogo di riunione delle assemblee generali e al luogo in cui i documenti amministrativi, contabili e relativi alle attività finanziarie – in particolare bancarie – sono tenuti¹⁴⁴.

L'applicazione di tali criteri identificativi della sede effettiva può influenzare, per analogia, il funzionamento del regolamento sulle procedure d'insolvenza, finendo per colmare le lacune lasciate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Eurofood*. Laddove la sede statutaria di una società insolvente si trovi in un Paese diverso da quello della sede organizzativa, la presunzione prevista dall'art. 3, par. 1, dovrebbe essere interpretata, alla luce del divieto di frode al diritto, nel senso di far coincidere il centro degli interessi principali con il luogo di questa ultima, senza che lo Stato in cui è localizzata la sede legale conservi alcuna rilevanza.

Luigi Maccaroni*

1979; dall'altro, della direttiva n. 560 del 17 novembre 1986 in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Modalità di rimborso dell'imposta sul valore aggiunto ai soggetti passivi non residenti nel territorio della Comunità, in *Guce* n. L 326 del 21 novembre 1986, p. 40).

¹⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2007 in causa n. C-73/06, *Planzer Luxembourg Sarl*, cit. *supra*, nota 93, punto 62. V. altresì le conclusioni dell'Avvocato Generale, Verica Trstenjak, presentate il 19 aprile 2007, punto 68 ss.

¹⁴² La «sede dell'attività economica» è uno dei criteri adottati dal Consiglio per definire, all'art. 1, par. 1, l'ambito di applicazione della direttiva n. 560 del 17 novembre 1986 (c.d. «tredicesima direttiva»).

¹⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2007 in causa n. C-73/06, *Planzer Luxembourg Sarl*, loc. cit., punto 60.

¹⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2007 in causa n. C-73/06, *Planzer Luxembourg Sarl*, loc. ult. cit., punto 61.

* Dottorando di ricerca in «Libertà fondamentali e formazioni sociali» / Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo".

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

DIRITTO INTERNAZIONALE DEL MARE E DISCIPLINA COMUNITARIA DELLA SICUREZZA MARITTIMA: CONDIZIONI ALLE QUALI È SUBORDINATO L'ESAME DELLA VALIDITÀ DELLA NORMATIVA COMUNITARIA RISPETTO ALLE PERTINENTI DISPOSIZIONI DI UN ACCORDO INTERNAZIONALE

Corte di giustizia

Sentenza del 3 giugno 2008 in causa n. C-308/06*

The Queen, su istanza di: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2005/35/Ce, artt. 4 e 5 - Trasporto marittimo - Inquinamento provocato dalle navi - Sanzioni - Convenzioni internazionali sul diritto del mare - Valutazione della legittimità delle norme comunitarie pertinenti - Principio della certezza del diritto - Validità.

La validità della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 settembre 2005, n. 2005/35/Ce, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, non può essere valutata:

- né alla luce della Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, firmata a Londra il 2 novembre 1973, come

* In *Raccolta*, 2008, I, p. 4057. Il testo integrale della sentenza, sopra riportata, è reperibile sul sito internet <http://curia.europa.eu> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 43 ss., il commento di *LEONARDO PASQUALI*.

completata dal Protocollo del 17 febbraio 1978;

- né alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982.

Dall'esame della quarta questione non è emerso alcun elemento atto ad inficiare la validità dell'art. 4 della direttiva n. 2005/35 riguardo al principio generale della certezza del diritto.

(Omissis) **In diritto**

Sulle questioni pregiudiziali

Sulle prime tre questioni

36. Con le prime tre questioni, il giudice del rinvio chiede alla Corte, in sostanza, di valutare la validità degli artt. 4 e 5 della direttiva n. 2005/35 alla luce delle norme 9 e 11, lett. b., dell'allegato I della Convenzione Marpol 73/78, 5 e 6, lett. b., dell'allegato II di tale Convenzione, nonché riguardo alle disposizioni della Convenzione di Montego Bay che precisano le condizioni per l'esercizio, da parte degli Stati rivieraschi, di taluni dei loro diritti nelle diverse zone marittime.

(Omissis)

Giudizio della Corte

42. Come risulta dall'art. 300, n. 7, CE, le istituzioni della Comunità sono vincolate dagli accordi conclusi da quest'ultima e, di conseguenza, tali accordi prevalgono sugli atti di diritto comunitario derivato (v., in questo senso, sentenze 10 settembre 1996 in causa n. C-61/94, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, I, p. 3989, punto 52, e 12 gennaio 2006 in causa n. C-311/04, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, in *Raccolta*, I, p. 609, punto 25).

43. Ne consegue che l'incompatibilità di un atto di diritto comunitario derivato con siffatte disposizioni del diritto internazionale può incidere sulla sua validità. Qualora tale invalidità sia fatta valere dinanzi ad un giudice nazionale, la Corte verifica quindi, in applicazione dell'art. 234 CE, la validità dell'atto comunitario in esame alla luce di tutte le norme del diritto internazionale, purché siano rispettate due condizioni.

44. In primo luogo, la Comunità deve essere vincolata da tali norme (v. sentenza 12 dicembre 1972 in cause riunite nn. 21/72-24/72, *International Fruit Company e a.*, in *Raccolta*, p. 1219, punto 7).

45. In secondo luogo, la Corte può procedere all'esame della validità di una normativa comunitaria alla luce di un trattato internazionale solo ove ciò non sia escluso né dalla natura né dalla struttura di esso e, inoltre, le sue disposizioni appaiano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise (v., in questo senso, in particolare, sentenza 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *IATA e ELFAA*, in *Raccolta*, I, p. 403, punto 39).

46. Occorre pertanto verificare se tali due condizioni siano soddisfatte per quanto riguarda la Convenzione Marpol 73/78 e la Convenzione di Montego Bay.

47. In primo luogo, per quanto riguarda la Convenzione Marpol 73/78, occorre innanzi tutto rilevare che la Comunità non ne è parte contraente.

48. Inoltre, come la Corte ha già dichiarato, non risulta che, in forza del Trattato CE, la Comunità abbia assunto le competenze precedentemente esercitate dagli Stati

membri nel campo d'applicazione della Convenzione Marpol 73/78, né, conseguentemente, che le disposizioni di quest'ultima siano vincolanti per la Comunità (sentenza 14 luglio 1994 in causa n. C-379/92, *Peralta*, in *Raccolta*, I, p. 3453, punto 16). A tale proposito, quindi, la Convenzione Marpol 73/78 si distingue dal GATT del 1947, nell'ambito del quale la Comunità ha progressivamente assunto competenze precedentemente esercitate dagli Stati membri, con la conseguenza che gli impegni derivanti da tale accordo sono divenuti per essa vincolanti (v., in questo senso, in particolare, sentenza *International Fruit Company e a., cit.*, punti 10-18). Pertanto, tale giurisprudenza relativa al GATT del 1947 non può essere trasposta alla Convenzione Marpol 73/78.

49. Vero è che tutti gli Stati membri della Comunità sono parti contraenti della Convenzione Marpol 73/78. Tuttavia, in mancanza di un integrale trasferimento alla Comunità delle competenze precedentemente esercitate dagli Stati membri, quest'ultima non può, per il semplice fatto che tutti questi Stati sono parti contraenti della Convenzione Marpol 73/78, essere vincolata dalle norme in essa contenute, che la Comunità non ha autonomamente approvato.

50. Posto che la Comunità non è vincolata dalla Convenzione Marpol 73/78, neanche la circostanza che la direttiva n. 2005/35 sia volta a incorporare nel diritto comunitario talune norme contenute in quest'ultima è sufficiente, di per sé, affinché la Corte sia tenuta a sindacare la legittimità di tale direttiva alla luce della detta Convenzione.

51. È vero che, come risulta da una giurisprudenza consolidata, le competenze della Comunità devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale, comprese le disposizioni delle convenzioni internazionali quando codificano norme consuetudinarie sancite dal diritto internazionale generale (v., in questo senso, sentenze 24 novembre 1992 in causa n. C-286/90, *Poulsen e Diva Navigation*, in *Raccolta*, I, p. 6019, punti 9 e 10; 24 novembre 1993 in causa n. C-405/92, *Mondiet*, in *Raccolta*, I, p. 6133, punti 13-15, e 16 giugno 1998 in causa n. C-162/96, *Racke*, in *Raccolta*, I, p. 3655, punto 45). Tuttavia, non risulta che le norme 9 e 11, lett. b., dell'allegato I della Convenzione Marpol 73/78, nonché 5 e 6, lett. b., dell'allegato II di tale convenzione costituiscano espressione di norme consuetudinarie sancite dal diritto internazionale generale.

52. Pertanto, è giocoforza constatare che la validità della direttiva n. 2005/35 non può essere valutata alla luce della Convenzione Marpol 73/78, sebbene questa sia vincolante per gli Stati membri. Quest'ultima circostanza, tuttavia, può produrre conseguenze sull'interpretazione, da una parte, della Convenzione di Montego Bay e, dall'altra, delle disposizioni del diritto derivato che rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione Marpol 73/78. Infatti, alla luce del principio consuetudinario della buona fede, che fa parte del diritto internazionale generale, e dell'art. 10 CE, la Corte deve interpretare tali disposizioni tenendo conto della Convenzione Marpol 73/78.

53. In secondo luogo, per quanto riguarda la Convenzione di Montego Bay, essa è stata sottoscritta dalla Comunità e poi approvata con decisione n. 98/392, con la conseguenza che vincola la Comunità, e che le disposizioni di tale Convenzione, da quel momento, formano parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario (v., sentenza 30 maggio 2006 in causa n. C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, *Raccolta*, I, p. 4635, punto 82).

54. Occorre pertanto verificare se la natura e la struttura della Convenzione di Montego Bay, come emergono, in particolare, dalla finalità, dal preambolo e dai termini di quest'ultima, non ostino all'esame della validità degli atti comunitari alla

luce delle disposizioni di tale Convenzione.

55. Lo scopo principale della Convenzione di Montego Bay è quello di codificare, precisare e sviluppare norme di diritto internazionale generale relative alla pacifica cooperazione della comunità internazionale nell'ambito dell'attività di esplorazione, di utilizzo e di sfruttamento degli spazi marittimi.

56. A tal fine, secondo il preambolo di tale Convenzione, le parti contraenti hanno inteso stabilire, mediante quest'ultima, un ordinamento giuridico per i mari e per gli oceani che faciliti la navigazione internazionale, che tenga conto degli interessi e delle necessità di tutta l'umanità e, in particolare, degli interessi e delle necessità specifici dei Paesi in via di sviluppo, e contribuisca al rafforzamento della pace, della sicurezza, della cooperazione e delle relazioni amichevoli tra tutte le nazioni.

57. In questa prospettiva, la Convenzione di Montego Bay stabilisce i regimi giuridici del mare territoriale (artt. 2-33), delle acque degli stretti usati per la navigazione internazionale (artt. 34-45), delle acque arcipelagiche (artt. 46-54), della zona economica esclusiva (artt. 55-75), della piattaforma continentale (artt. 76-85) e dell'alto mare (artt. 86-120).

58. Per tutti questi spazi marittimi, tale Convenzione mira a stabilire un giusto equilibrio tra gli interessi degli Stati nella loro qualità di Stati rivieraschi e gli interessi degli Stati nella loro qualità di Stati di bandiera, interessi che possono essere contrapposti. A tale proposito, le parti contraenti, come emerge da varie disposizioni della detta Convenzione, quali gli artt. 2, 33, 34, n. 2, 56 o 89, intendono fissare i limiti materiali e territoriali dei loro rispettivi diritti sovrani.

59. Al contrario, i singoli, in linea di principio, non godono di diritti e di libertà autonome in forza della Convenzione di Montego Bay. In particolare, essi possono usufruire della libertà di navigazione solamente se stabiliscono uno stretto rapporto tra la loro nave e uno Stato che attribuisce a quest'ultima la sua nazionalità divenendo così il suo Stato di bandiera. Tale rapporto deve essere costituito ai sensi del diritto interno del detto Stato. A questo proposito, l'art. 91 di detta Convenzione precisa che ogni Stato stabilisce le condizioni che regolamentano la concessione alle navi della sua nazionalità, l'immatricolazione delle navi nel suo territorio e il diritto di battere la sua bandiera, fermo restando che fra tale Stato e le dette navi deve esistere un legame effettivo. Secondo l'art. 92, n. 1, della Convenzione di Montego Bay, le navi battono la bandiera di un solo Stato e non possono cambiare bandiera durante una traversata o durante uno scalo in un porto, a meno che non si verifichi un effettivo trasferimento di proprietà o cambiamento di immatricolazione.

60. Quando una nave non è riconducibile ad uno Stato, né tale nave né le persone che vi si trovano a bordo godono della libertà di navigazione. A questo proposito, la Convenzione di Montego Bay prevede, in particolare, al suo art. 110, n. 1, che una nave da guerra che incrocia una nave straniera nell'alto mare può legittimamente abordarla se vi siano fondati motivi per sospettare che la nave sia priva di nazionalità.

61. È vero che il tenore letterale di talune disposizioni della Convenzione di Montego Bay, quali i suoi artt. 17, 110, n. 3, e 111, n. 8, sembra attribuire diritti alle navi. Tuttavia, da ciò non discende che tali diritti siano in questo modo conferiti ai singoli che hanno un legame con dette navi, come i proprietari di queste ultime, poiché lo *status* giuridico internazionale della nave dipende dallo Stato di bandiera e non dall'appartenenza della nave a talune persone fisiche o giuridiche.

62. Allo stesso modo, è lo Stato di bandiera che è obbligato, ai sensi della detta

Convenzione, a adottare tutte le misure necessarie a salvaguardare la sicurezza in mare e, di conseguenza, a tutelare gli interessi degli altri Stati. Pertanto, tale Stato può anche essere ritenuto responsabile, nei confronti degli altri Stati, dei danni causati da navi battenti la sua bandiera agli spazi marini soggetti alla sovranità di questi ultimi, quando tali danni siano la conseguenza di un inadempimento dei propri obblighi da parte dello Stato di bandiera.

63. L'analisi che precede non è invalidata dalla circostanza che la parte XI della Convenzione di Montego Bay associ le persone fisiche e giuridiche all'esplorazione, all'utilizzo e allo sfruttamento del fondo del mare e del relativo sottosuolo al di là dei limiti della giurisdizione nazionale, in quanto la causa in esame non riguarda affatto le disposizioni di tale parte XI.

64. In tali circostanze, occorre dichiarare che la Convenzione di Montego Bay non stabilisce norme destinate ad applicarsi direttamente ed immediatamente ai singoli né a conferire a questi ultimi diritti o libertà che possano essere invocati nei confronti degli Stati, indipendentemente dal comportamento dello Stato di bandiera della nave.

65. Ne risulta che la natura e la struttura della Convenzione di Montego Bay ostano a che la Corte possa valutare la validità di un atto comunitario alla luce di tale Convenzione.

66. Di conseguenza, le prime tre questioni devono essere risolte dichiarando che la validità della direttiva n. 2005/35 non può essere valutata:

- né alla luce della Convenzione Marpol 73/78,
- né alla luce della Convenzione di Montego Bay.

(*Omissis*)

LA SENTENZA *INTERTANKO* E IL PROBLEMA DELLA SINDACABILITÀ DEGLI ATTI DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Sommario: **1.** *Quadro di riferimento ed oggetto della controversia* - **2.** *La legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie può essere valutata alla luce del diritto internazionale nella misura in cui le disposizioni di origine internazionalistica siano vincolanti per la Comunità* - **3.** *La vincolatività per la Comunità di talune norme di diritto internazionale è condizione necessaria ma non sufficiente per controllare la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie con riferimento a tali norme* - **4.** *Considerazioni conclusive.*

1. Quadro di riferimento ed oggetto della controversia

L'Unione europea, cosciente della necessità di affrontare efficacemente la problematica dei danni che l'inquinamento può provocare all'ambiente marino, consapevolezza acuita dai gravi incidenti concernenti navi trasportanti idrocarburi (quali, per citare solo i più recenti, quelli dell'*Erika* e della *Pre-*

stige)¹ e considerata l'insufficienza delle risposte fornite sia dal diritto internazionale universale che dal diritto interno dei vari Stati, decise, negli anni Novanta², di rendere più efficace l'azione già intrapresa a partire dalla fine degli anni Settanta.

Sostanzialmente tale azione, concretizzatasi attraverso l'adozione di una serie di atti normativi da parte delle istituzioni comunitarie³, si è svolta su un doppio binario, secondo la prassi solitamente seguita in materia di tutela dell'ambiente: così, mentre fin da subito si è cercato di intervenire *a priori*, adottando misure preventive volte ad evitare il verificarsi di danni (o almeno a limitarne il numero e l'entità)⁴, si è poi completato il quadro adottando una disciplina di tipo sanzionatorio per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi (la quale tuttavia non manca di incidere anche sull'aspetto di prevenzione, a causa dell'effetto di deterrenza)⁵.

¹ L'incidente dell'*Erika* ebbe luogo in prossimità delle coste della Bretagna (Francia) nel 1999, mentre quello della *Prestige* è avvenuto nel 2002 al largo delle coste della Galizia (Spagna). Entrambe le navi, che presentavano caratteristiche negative comuni (vecchie, con molti anni di navigazione, mal conservate e sottoposte poco prima dei rispettivi incidenti 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) si sono divise in due versando in mare ingenti quantità (rispettivamente 10.000 e 63.000 tonnellate) del petrolio combustibile pesante che stavano trasportando.

Peraltro, proprio a seguito di una causa intentata dal *Commune de Mesquier* a seguito dell'incidente dell'*Erika*, la Corte di giustizia ha pronunciato una sentenza che fornisce importanti ragguagli sulla qualificazione degli idrocarburi come rifiuti, precisando che una sostanza quale un olio pesante venduto come combustibile non costituisce un rifiuto a norma del diritto comunitario «nei limiti in cui è sfruttata o commercializzata a condizioni economicamente vantaggiose e può essere effettivamente utilizzata come combustibile senza necessitare di preliminari operazioni di trasformazione», mentre debbono essere qualificati come rifiuti gli «Idrocarburi accidentalmente sversati in mare in seguito a un naufragio, che risultino miscelati ad acqua nonché a sedimenti e che vadano alla deriva lungo le coste di uno Stato membro fino a raggiungere queste ultime (...) nei limiti in cui non possono più essere sfruttati o commercializzati senza preliminari operazioni di trasformazione». Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2008 in causa n. C-188/07, *Commune de Mesquier c. Total France SA e Total International Ltd*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 4501 ss., punti 48 e 63. Sulla problematica relativa alla definizione di rifiuto nel diritto comunitario, v. L. PASQUALI, *Le régime juridique des mouvements transfrontières de déchets en droit communautaire et en droit international*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 35 ss.

² Risoluzione del Consiglio su una politica comune sulla sicurezza dei mari, in *Guce* n. C 271 del 7 ottobre 1993, p. 1.

³ Così, le 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, 97/70 dell'11 dicembre 1997 nonché il Regolamento n. 2978/94 del 21 novembre 1994. Dopo i suddetti incidenti dell'*Erika* e della *Prestige*, il quadro normativo fu più volte modificato con l'adozione delle direttive n. 2001/105 del 19 dicembre 2001, n. 2001/106 del 19 dicembre 2001, n. 2002/59/Ce del 27 giugno 2002 e n. 2002/84/Ce, del 5 novembre 2002, ed i regolamenti n. 417/2002 del 18 febbraio 2002, n. 1406/2002 del 27 giugno 2002, n. 2099/2002 del 5 novembre 2002 e n. 724/2004 del 31 marzo 2004 cui si aggiunge la decisione n. n. 2850/2000/Ce del 20 dicembre 2000.

⁴ Su questo profilo si veda il recente contributo di L. PASQUALI, *La normativa comunitaria sulla prevenzione dei danni derivanti dal trasporto marittimo degli idrocarburi*, in questa *Rivista*, 2008, p. 161 ss.

⁵ Su questo aspetto si segnala il contributo di L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il «caso» dell'inquinamento provocato dalle navi*, in SIDI (Società italiana di diritto internazionale) a cura di P. FOIS, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Atti dell'XI Convegno, Alghero, 16-17 giugno 2006, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 463.

Ciò è avvenuto, nello specifico, mediante 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 violazioni⁶ 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 navi⁷.

In linea generale, l'adozione di una disciplina uniforme di tipo sanzionatorio per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi nei diversi Stati che compongono la comunità internazionale non potrebbe che esser valutata positivamente, in particolare in quanto strumento di primo piano per combattere il fenomeno delle c.d. «bandiere ombra». 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.

Queste considerazioni possono essere di una qualche utilità nel valutare l'intervento dell'Unione europea che, come detto, era volto alla creazione di una disciplina uniforme di tipo sanzionatorio per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi appunto mediante l'adozione della direttiva n. 2005/35/Ce e della decisione quadro n. 2005/667/GAI, precitate.

La disciplina dettata dai due atti deve essere considerata un *unicum* nel senso che la decisione quadro, pur essendo cronologicamente (di poco) antecedente alla direttiva, in realtà, sul piano della logica giuridica, ne costituisce il completamento, introducendo nel sistema dettagliate norme penali (relative in particolare ai reati ed alle sanzioni)⁸.

Nonostante le buone intenzioni, tuttavia, e contrariamente a quanto avvenuto per la disciplina concernente l'aspetto di prevenzione dei danni, tale normativa sanzionatoria, destando perplessità in ordine alla sua legittimità alla luce sia del diritto internazionale applicabile in materia che con riferimento allo stesso diritto comunitario, è stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia delle Comunità europee, dando vita alle cause n. C-440/05 e n. C-308/06.

Il primo caso è originato dal ricorso presentato dalla Commissione nei confronti del Consiglio dell'Unione in conseguenza della scelta di quest'ultimo di

⁶ *Guce* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 11.

⁷ *Guce* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 164.

⁸ Così il combinato disposto del sesto *considerando* della direttiva e del quarto *considerando* della decisione quadro. Tale unitarietà è poi confermata da una serie di elementi, che vanno dall'identico campo di applicazione dei due strumenti normativi (*ratione loci*, *ratione materiae* e *ratione personae*) al fatto che l'art. 1 della decisione quadro dichiara applicabili tutte le definizioni date dall'art. 2 della direttiva.

utilizzare un atto tipico del terzo pilastro (la decisione quadro appunto). La problematica viene così inquadrata nell'ambito dello spazio di cooperazione giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri anziché essere ricondotta al primo pilastro, quello comunitario, cui peraltro sino all'atto contestato erano appartenuti tutti gli atti in materia di sicurezza della navigazione e tutela dell'ambiente marino dall'inquinamento provocato da navi. La Corte di giustizia con sentenza del 23 ottobre 2007⁹ ha sostanzialmente condiviso le tesi della Commissione (sostenuta nel ricorso dal Parlamento), annullando la decisione quadro n. 2005/667/GAI per violazione dell'art. 47 del Trattato sull'Unione europea¹⁰ originata dallo sconfinamento nelle competenze che l'art. 80, n. 2, del Trattato istitutivo della Comunità europea attribuisce alla Comunità stessa¹¹.

Al contrario, con la sentenza del 3 giugno 2008 nel procedimento n. C-308/06¹² che ci accingiamo a commentare, la Corte di giustizia non ha ritenuto di accogliere la tesi di chi considerava la direttiva n. 2005/35/Ce incompatibile con le norme di diritto internazionale (nello specifico con la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, firmata a Londra il 2 novembre 1973, conosciuta come Marpol 73/78 e con la convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982), ritenendo che, per i motivi che meglio esporremo più avanti, la legittimità della direttiva non dovesse essere valutata con riferimento ai suddetti accordi internazionali.

Nello specifico, la questione era stata sottoposta alla Corte ai sensi dell'art. 234 CE con decisione 4 luglio 2006 della *High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court)*.

I quattro quesiti del tribunale britannico (la cui formulazione non può dirsi pienamente soddisfacente)¹³ – con l'eccezione del quarto che peraltro non

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007 in causa n. C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9097.

¹⁰ Si tratta, come noto, della norma che protegge la sfera delle attribuzioni comunitarie dall'invasione di atti adottati nell'ambito della PESC o della cooperazione giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri.

¹¹ La Corte sostanzialmente ribadisce l'orientamento già espresso nella propria sentenza del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7879 secondo il quale, sebbene in linea di principio né le disposizioni di diritto penale né quelle di procedura penale fanno parte delle competenze della Comunità, esse vi possono rientrare quando risultano necessarie a garantire l'effettività di una politica comunitaria, come nel caso di quelle dei trasporti e dell'ambiente. Sul tema v. L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali*, cit. *supra*, nota 5, p. 471.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2008 in causa n. C-308/06, *Intertanko*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 4057.

¹³ «1. Se, con riferimento agli stretti utilizzati per la navigazione internazionale, alla zona economica esclusiva o zona equivalente di uno Stato membro e all'alto mare, l'art. 5, n. 2, della direttiva [2005/35] sia invalido, in quanto limita le eccezioni di cui all'allegato I, norma 11, lett. b., (...) e all'allegato II, norma 6, lett. b., della Convenzione Marpol 73/78 al proprietario, al comandante e all'equipaggio.

presenta particolari problemi, nel senso che la Corte, seguendo l'orientamento dell'Avvocato Generale¹⁴, ha concluso piuttosto agevolmente per la non invalidità – ¹⁵ riguardano il rapporto fra diritto comunitario e diritto internazionale, *rectius* la valutazione della legittimità di un atto delle istituzioni comunitarie con riferimento alle pertinenti disposizioni di diritto internazionale. Viene richiesto ai giudici comunitari di pronunciarsi sulla compatibilità fra l'art. 5 della direttiva n. 2005/35 e la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, firmata a Londra il 2 novembre 1973, come completata dal protocollo del 17 febbraio 1978, nota come Marpol 73/78 (e nello specifico con le eccezioni di cui all'allegato I, norma 11, lett. *b.*, e all'allegato II, norma 6, lett. *b.*, della Convenzione) da una parte e l'art. 4 della direttiva n. 2005/35 e la Convenzione della Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, nota come Convenzione di Montego Bay (in particolare col diritto di passaggio inoffensivo previsto dalla Convenzione) dall'altra.

Ratione loci la Corte di giustizia deve decidere in ordine alla normativa applicabile da un lato su stretti (utilizzati per la navigazione internazionale), zona economica esclusiva ed alto mare (e qui la direttiva si confronta con la sola Marpol 73/78) e dall'altro sul mare territoriale (e qui la eventuale sindacabilità della direttiva concerne sia la Marpol 73/78 che la Convenzione di Montego Bay).

Nel merito, poi, la questione che viene posta per stretti (utilizzati per la navigazione internazionale), zona economica esclusiva ed alto mare concerne il fatto che, ai sensi dell'art. 5, comma 2, della direttiva, la facoltà di ricorrere alle eccezioni di cui all'allegato I, norma 11, lett. *b.*¹⁶ e all'allegato II, norma

2. Se, con riferimento al mare territoriale di uno Stato membro:

a. l'art. 4 della direttiva [2005/35] sia invalido, in quanto impone agli Stati membri di applicare il criterio della negligenza grave ai fini dell'accertamento della responsabilità in caso di scarico di sostanze inquinanti; e/o

b. l'art. 5, n. 1, della direttiva [2005/35] sia invalido in quanto esclude l'applicazione delle eccezioni di cui all'allegato I, norma 11, lett. *b.*, e all'allegato II, norma 6, lett. *b.*, della Convenzione Marpol 73/78.

3. Se l'art. 4 della direttiva [2005/35], imponendo agli Stati membri di adottare norme nazionali che includano il criterio della negligenza grave ai fini dell'accertamento della responsabilità e che puniscano lo scarico nelle acque territoriali, leda il diritto di passaggio inoffensivo riconosciuto dalla Convenzione [di Montego Bay] e, in tal caso, se l'art. 4 sia, sotto tale profilo, invalido.

4. Se l'uso dell'espressione "negligenza grave" all'art. 4 della direttiva [2005/35] violi il principio della certezza del diritto e se, in tal caso, l'art. 4 sia, sotto tale profilo, invalido».

¹⁴ Punti 139-156 delle conclusioni dell'Avvocato Generale, Juliane Kokott, presentate il 20 novembre 2007 in causa n. C-308/06. Il testo delle conclusioni è disponibile sul sito internet: <http://curia.europa.eu>.

¹⁵ Punti 67-80 della sentenza.

¹⁶ L'allegato I, norma 11, lett. *b.*, recita: «Le norme 9 e 10 del presente allegato non si applicano: (...)

b. allo scarico in mare di idrocarburi o di miscele di idrocarburi provenienti da un'avaria alla nave o al suo equipaggiamento:

i. a condizione che siano state prese tutte le ragionevoli precauzioni dopo l'avaria o la scoperta

6, lett. b.,¹⁷ della Convenzione Marpol 73/78 spetterebbe solo a proprietario, comandante ed equipaggio della nave, rischiando di limitare sul piano soggettivo le previsioni di quest'ultima Convenzione.

Nel mare territoriale il problema presenta un duplice profilo. Il primo riguarda il fatto che la Convenzione di Montego Bay prende in considerazione solo l'inquinamento «*intenzionale e grave*»¹⁸, mentre l'art. 4 della direttiva fa riferimento a comportamenti dolosi, temerari o gravemente negligenzi, senza peraltro fare menzione alcuna del requisito della gravità dell'inquinamento.

Il secondo concerne la scelta effettuata dal legislatore comunitario che, nell'art. 5, comma 1, della direttiva riporta tutte le eccezioni previste all'allegato I, norma 11 e all'allegato II, norma 6, della Convenzione Marpol 73/78, tranne quella prevista alla lett. b. di entrambe le norme, ritenendo pertanto illegittimo lo scarico in mare di idrocarburi o miscele di acqua ed idrocarburi ovvero di sostanze liquide nocive, anche quando tale azione è frutto di un'avaria alla nave o al suo equipaggiamento.

La valutazione di un eventuale contrasto fra la normativa comunitaria e quella internazionale nel merito è però possibile solo se, preliminarmente, si ritiene che la direttiva n. 2005/35/Ce sia effettivamente sindacabile alla luce della Convenzione Marpol 73/78 e della Convenzione di Montego Bay.

2. La legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie può essere valutata alla luce del diritto internazionale nella misura in cui le disposizioni di origine internazionalistica siano vincolanti per la Comunità

A norma dell'art. 300, n. 7, CE, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁹ – ivi compresa la sentenza in esame – «le istituzioni della Comunità sono vincolate dagli accordi conclusi da quest'ultima e, di conseguenza, tali accordi prevalgono sugli atti di diritto comunitario derivato»²⁰.

La legittimità di un atto comunitario deve quindi esser valutata con riferimento alle disposizioni di un accordo internazionale, ai sensi dell'art. 234

dello scarico per impedire o ridurre tale scarico, e

ii. tranne il caso in cui il proprietario o il comandante abbia agito con l'intenzione di provocare l'avaria o incautamente e con la consapevolezza che l'avaria sarebbe probabilmente avvenuta;».

Ricordiamo brevemente che la norma 9 vieta di scaricare in mare idrocarburi o miscele di acqua ed idrocarburi (con certe eccezioni), mentre la norma 10 concerne certi metodi di prevenzione dell'inquinamento di idrocarburi.

¹⁷ L'allegato II, norma 6, lett. b., è una norma analoga a quella di cui all'allegato I, norma 11, lett. b., che però concerne le sostanze liquide nocive anziché gli idrocarburi o miscele di acqua ed idrocarburi.

¹⁸ Art. 19/2, lett. h., della Convenzione di Montego Bay.

¹⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 10 settembre 1996 in causa n. C-61/94, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3989, punto 52 e del 12 gennaio 2006 in causa n. C-311/04, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 609, punto 25.

²⁰ Punto 42 della sentenza.

CE, quando la Comunità è parte di tale accordo²¹.

Alla luce di tale principio, nel caso di specie la Corte considera di non poter valutare la legittimità della direttiva n. 2005/35 con riferimento alle norme della Convenzione Marpol 73/78, per il semplice fatto che la Comunità non vi prende parte²².

In sentenze precedenti, tuttavia, la Corte ha talora ritenuto che la Comunità fosse vincolata da norme contenute in accordi internazionali di cui pur non faceva parte. Così è avvenuto, ad esempio, quando ha ritenuto vincolanti le disposizioni dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 30 ottobre 1947 (o GATT del 1947)²³ già prima dell'istituzione dell'OMC²⁴.

In tal caso, però, è stato precisato che ciò era possibile solo perché la Comunità, in conseguenza della sua attività nel contesto della politica commerciale comune, era succeduta agli Stati membri nei loro obblighi.

La Corte di giustizia, ribadendo peraltro un orientamento non nuovo²⁵, non ritiene di poter applicare lo stesso ragionamento alla fattispecie in esame in quanto «non risulta che, in forza del Trattato CE, la Comunità abbia assunto le competenze precedentemente esercitate dagli Stati membri nel campo d'applicazione della Convenzione Marpol 73/78, né conseguentemente, che le disposizioni di quest'ultima siano vincolanti per la Comunità»²⁶. Né viene ritenuto decisivo che la Marpol 73/78 annoveri fra le sue parti tutti gli Stati membri della Comunità, poiché mancherebbe comunque «un integrale trasferimento alla Comunità delle competenze precedentemente esercitate dagli Stati membri»²⁷ e ciò sebbene in precedenti occasioni tale elemento sia stato considerato fondamentale, se non per affermare la vincolatività di un trattato internazionale, almeno per escluderla²⁸.

Da ciò parrebbe di poter dedurre che la Corte di giustizia consideri quale elemento decisivo al fine di valutare se la Comunità sia vincolata o meno da

²¹ Tale concetto è stato ribadito anche recentemente nella sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2008 in causa n. C-188/07, *Commune de Mesquieu*, cit. supra, nota 1, punto 85.

²² Punto 50 della sentenza.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1972 in cause riunite da n. 21/72 a n. 24/72, *International Fruit Company*, in *Raccolta*, 1972, p. 1219. Tale giurisprudenza è stata poi confermata in varie successive pronunce della Corte di giustizia.

²⁴ La Comunità ha infatti poi aderito all'accordo OMC, che quindi oggi risulta essere pienamente vincolante per la Comunità stessa.

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1994 in causa n. C-379/92, *Peralta*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3453, punti 15-17.

²⁶ Punto 48 della sentenza.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Così, nella sentenza del 24 giugno 2008 in causa n. C-188/07, *Commune de Mesquieu*, cit. supra, nota 1, punto 85, la Corte ha escluso che la Comunità fosse vincolata da due convenzioni internazionali (nella fattispecie quelle sulla responsabilità civile e Fondo) in quanto «da un lato, la Comunità non ha aderito ai citati strumenti internazionali e, dall'altro, non può essere considerata né come un sostituto dei suoi Stati membri, non foss'altro perché questi ultimi non hanno tutti aderito a tali convenzioni».

uno o più accordi internazionali di cui non è parte il fatto che tutti gli Stati membri siano parti ai suddetti accordi e se questo è vero *ad excludendum*, non si vede perché, rovesciando il ragionamento, non lo debba essere anche qualora si debba invece concludere per la vincolatività.

È però anche vero che la Corte, nel caso da ultimo citato, fa attenzione ad aggiungere l'inciso «non foss'altro», col che parrebbe quindi di poter affermare che, secondo la giurisprudenza comunitaria, la partecipazione di tutti gli Stati membri della Comunità ad un trattato cui quest'ultima non è parte è una condizione necessaria ma non sufficiente per ritenere tale trattato vincolante per la Comunità stessa.

Un altro caso in cui la Comunità è vincolata da trattati internazionali cui non prende parte è quello delle c.d. Convenzioni di codificazione. Come si evince dalle stesse pronunzie della Corte di giustizia²⁹, l'Unione europea, nell'esercitare le sue competenze, è tenuta in ogni caso al rispetto del diritto internazionale consuetudinario³⁰ e ciò – ovviamente –³¹ anche quando esso sia contenuto in una Convenzione di codificazione.

Nel caso di specie però la Corte, pur ribadendo tale principio, non lo ritiene applicabile in quanto non ritiene che le norme della Marpol 73/78 (ed in particolare i suoi artt. 9 e 11, lett. b., dell'allegato I e 5 e 6, lett. b., dell'allegato II) «costituiscano espressione di norme consuetudinarie sancite dal diritto internazionale generale»³².

Applicando il principio consuetudinario della buona fede (principio di diritto internazionale consuetudinario) e l'art. 10 CE e tenendo conto del fatto che la Convenzione Marpol 73/78 è pur sempre vincolante per tutti gli Stati membri, le viene comunque riconosciuto il più limitato ruolo di testo da tenere in considerazione nell'attività interpretativa sia della Convenzione di Montego Bay che del diritto comunitario derivato che rientra nel suo campo di applicazione³³.

Tale conclusione, pur comprensibile sotto il profilo della logica giuridica,

²⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 24 novembre 1992 in causa n. C-286/90, *Poulsen e Diva Navigation*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 6019, punti 9 e 10 e del 16 giugno 1998 in causa n. C-162/96, *Racke*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3655, punto 45.

³⁰ Su questo tema v. anche A. GIANELLI, *Unione Europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, Giappichelli, 2004.

³¹ Non potrebbe infatti essere altrimenti, perché non vedo in base a quale principio del diritto internazionale si potrebbe considerare il diritto consuetudinario codificato in convenzioni internazionali come diverso (e magari inferiore) rispetto al diritto internazionale consuetudinario non raccolto in alcuna Convenzione. Ciò che invece magari sarebbe stato opportuno specificare è che ciò vale per le sole disposizioni che si limitano a trascrivere le norme di diritto consuetudinario esistenti e non per quelle di sviluppo del diritto internazionale.

³² Punto 51 della sentenza.

³³ La prudenza adoperata dalla Corte di giustizia nel limitare il numero di casi in cui la Comunità è vincolata da convenzioni internazionali di cui non è parte è confermata dall'affermazione resa in una recente sentenza, con cui viene escluso che tale possibilità sia prevista ai sensi dell'art. 235 della Convenzione di Montego Bay. Sentenza *Commune de Mesquieu*, cit. *supra*, nota 1, punto 85.

presenta il difetto di non riuscire a coniugare gli obblighi degli Stati membri rispettivamente di origine comunitaria ed internazionale. La soluzione accolta, infatti, è poco soddisfacente proprio perché sussiste una differenza fra i regimi giuridici dei singoli Stati membri – di origine internazionale – e quello dell'Unione europea. È ben vero che secondo la Corte di giustizia in tali casi vi è una tendenziale prevalenza degli obblighi comunitari su quelli internazionali³⁴. Tuttavia, mentre ciò è talmente vero per i trattati stipulati dagli Stati prima dell'adesione alla Comunità che si può giungere addirittura alla denuncia di trattati internazionali³⁵, la situazione è più complessa per i trattati stipulati dopo l'adesione, i quali non possono prevalere sul diritto comunitario unicamente quando le corrispondenti competenze della Comunità esistevano già al momento della conclusione dell'accordo³⁶. Nella fattispecie in esame, la competenza della Comunità a disciplinare la materia degli scarichi di sostanze nocive in mare sembra proprio essere di natura concorrente³⁷, essendo a tal fine indifferente che sua base giuridica venga considerato l'art. 80, n. 2, CE, (concernente la politica dei trasporti),³⁸ oppure l'art. 175 CE sulla politica dell'ambiente³⁹. Il che significa che essa rimarrebbe comunque in capo agli Stati membri fino a quando la Comunità non la esercita⁴⁰ ed è tutt'altro che certo che la Comunità abbia esercitato detta competenza prima dell'entrata in vigore della Convenzione Marpol 73/78.

Al fine di evitare questi inconvenienti, prima di giungere ad affermare in maniera tanto decisa quanto priva di adeguata motivazione che le disposizioni della Marpol 73/78 in questione non corrispondono allo stato del diritto internazionale consuetudinario generale, si sarebbe forse dovuto condurre un'analisi più approfondita, anche in considerazione del fatto che gli allegati I e II di quest'ultima Convenzione, che appunto contengono tali norme, sono stati ratificati da ben centoquarantasette Stati⁴¹.

Sarebbe poi stato probabilmente opportuno un ulteriore tentativo di *reductio ad unitatem*, mediante una valutazione relativa all'eventuale natura di

³⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale, *cit. supra*, nota 14, punto 77.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2000 in causa n. C-84/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5215, punto 58.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002 in causa n. C-466/98, *Commissione c. Regno Unito (open skies)*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5215, punto 58.

³⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale, *cit. supra*, nota 14, punto 42.

³⁸ Ipotesi preferita dalla dottrina maggioritaria: L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali*, *cit. supra*, nota 5, p. 465.

³⁹ Alternativa non esclusa *a priori* dall'Avvocato Generale, Juliane Kokott, nelle sue conclusioni, *cit. supra*, nota 14, punto 42.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETR)*, in *Raccolta*, 1971, p. 263, punti 17 ss. e parere n. 1/03 del 7 febbraio 2006 relativo alla *Convenzione di Lugano*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1145, punti 114 ss.

⁴¹ Il dato è aggiornato al 31 agosto 2008 e si trova sul sito internet www.imo.org.

consuetudine particolare o regionale delle norme in esame (che, in quanto tale, vincolerebbe anche la Comunità), proprio partendo dal dato secondo cui la Marpol 73/78 annovera fra le sue parti tutti gli Stati membri della Comunità.

Se però tali analisi dessero esito positivo si dovrebbe conseguentemente entrare nel merito relativamente al rapporto fra la normativa comunitaria e quella internazionale concernenti gli stretti (utilizzati per la navigazione internazionale), la zona economica esclusiva e l'alto mare, col rischio di dover affermare l'illegittimità della direttiva. Il suo art. 5, comma 2, infatti, limita sul piano soggettivo la disciplina della Marpol 73/78, concedendo ai soli proprietario, comandante ed equipaggio della nave la possibilità di avvalersi delle eccezioni di cui all'allegato I, norma 11, lett. *b.*, e all'allegato II, norma 6, lett. *b.*, della Convenzione Marpol 73/78 concernenti lo scarico in mare rispettivamente di idrocarburi o miscele di acqua ed idrocarburi ovvero di sostanze liquide nocive in caso di avaria alla nave o al suo equipaggiamento. Si giungerebbe così ad una conclusione opposta a quella accolta dalla Corte di giustizia⁴².

3. La vincolatività per la Comunità di talune norme di diritto internazionale è condizione necessaria ma non sufficiente per controllare la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie con riferimento a tali norme

Lo stesso ragionamento effettuato dalla Corte per escludere che la Convenzione Marpol 73/78 possa svolgere la funzione di parametro di legittimità della direttiva n. 2005/35/Ce non può essere esteso anche alla Convenzione di Montego Bay in quanto essa è vincolante per la Comunità, che ne è parte⁴³.

I trattati internazionali di cui è parte la Comunità peraltro prevalgono sul

⁴² Sul punto v. anche L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali*, cit. *supra*, nota 5, p. 485-486.

⁴³ Nell'impossibilità in questa sede di analizzare in maniera esaustiva il rapporto fra Unione europea e Convenzione di Montego Bay, si rinvia in particolare ai seguenti contributi (senza pretesa di completezza): J. ROLDAN BARBERO, *La CEE y el Convenio sobre derecho del mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional*, in *Revista de instituciones europeas*, 1991, p. 551 ss.; D. VIGNES, *La Communauté européenne dans le domaine du droit général de la mer* in T. TREVES - L. PINESCHI (a cura di), *The Law of the Sea – The European Union and its Member States*, L'Aja/Boston/Londra, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 7 ss.; P. DAILLIER, *L'Union européenne et la Convention de Montego Bay de 1982*, in *Réseau VITORIA*, a cura di D. DORMOY, *L'Union européenne et les organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 463; D. VIGNES, *La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer serait-elle un regrettable accord mixte? La Communauté l'a pourtant conclue*, in M. DONY (a cura di), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 683 ss.; E. NEFRAMI, *International Responsibility of the European Community and of the Member States under Mixed Agreements*, in E. CANNIZZARO, *The European Union as an Actor in International Relations*, L'Aja/Londra/New York, Kluwer Law International, 2002, p. 193 ss.; T. TREVES, *The European Community and the Law of the Sea Convention: New Developments*, in E. CANNIZZARO, *The European Union as an Actor in International Relations*, loc. cit., p. 279 ss.

diritto comunitario derivato, come non manca di sottolineare nella fattispecie in esame l'Avvocato Generale⁴⁴, riprendendo un orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria⁴⁵.

La pretesa dei ricorrenti, secondo i quali la legittimità della direttiva dovrebbe esser valutata con riferimento a tale Convenzione non appare pertanto, *prima facie*, assurda.

Per risolvere la questione la Corte di giustizia prende le mosse da un suo precedente orientamento⁴⁶ in virtù del quale il diritto comunitario derivato non deve essere sempre valutato alla luce di un accordo internazionale vincolante per la Comunità, ma solo quando siano presenti due requisiti⁴⁷, che possiamo considerare uno di carattere negativo e l'altro positivo.

Quello negativo è che la natura o la struttura dell'accordo internazionale non escludano tale sindacabilità.

Quello positivo è che le norme in esso contenute siano incondizionate e sufficientemente precise.

Orbene, nella fattispecie in esame la Corte di giustizia ritiene di non dover verificare la legittimità della direttiva n. 2005/35 alla luce della Convenzione di Montego Bay proprio in quanto «la natura e la struttura della Convenzione di Montego Bay ostano a che la Corte possa valutare la validità di un atto comunitario alla luce di tale Convenzione»⁴⁸. Sarebbe insomma assente il requisito che abbiamo definito negativo. Questo sostanzialmente poiché la Convenzione di Montego Bay non assegnerebbe direttamente alle persone fisiche o giuridiche dei diritti *uti singuli*, essendo i centri di imputazione di situazioni giuridiche soggettive derivanti dalla Convenzione solo ed unicamente gli Stati.

Il ragionamento, tuttavia, non convince appieno sotto un doppio profilo.

In primo luogo esso non sembra dotato di sufficiente coerenza logica.

Vediamo infatti che nella sentenza in esame, che peraltro sul punto riprende pedissequamente orientamenti già espressi, la Corte di giustizia nell'attribuire la qualifica di parametro di legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie a norme di diritto internazionale non si comporta nello stesso modo per le disposizioni di un accordo internazionale pur vincolante per l'Unione europea da un lato e le norme di diritto internazionale consuetudina-

⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale, Juliane Kokott, *cit. supra*, nota 14, punto 48.

⁴⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 10 settembre 1996 in causa n. C-61/94, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3989, punto 52; del 1° aprile 2004 in causa n. C-286/02, *Bellio F.lli*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3465, punto 33 e del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *IATA e ELFAA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 403, punto 24.

⁴⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 1987 in causa n. C-12/86, *Demirel*, in *Raccolta*, 1987, p. 3719, punto 14; del 16 giugno 1998 in causa n. C-162/96, *Racke*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3655, punto 31 e del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *IATA e ELFAA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 403, punto 39.

⁴⁷ Punto 45 della sentenza.

⁴⁸ Punto 65 della sentenza.

rio dall'altro.

Infatti, mentre per la prima categoria di norme (quelle di diritto pattizio) esige che presentino determinati requisiti che precisa⁴⁹, per la seconda (norme di diritto consuetudinario) essa si riferisce genericamente⁵⁰ al fatto che il diritto comunitario derivato deve «rispettare le norme del diritto consuetudinario internazionale»⁵¹, *tout court*, senza indicare alcun requisito che tali norme dovrebbero soddisfare.

È difficile accettare che mentre per le norme consuetudinarie la valutazione di conformità è sempre ammessa, a prescindere dal loro contenuto, lo stesso principio non si applichi agli accordi di cui l'Unione europea è parte.

Siamo di fronte al paradosso per cui l'accettazione formale e volontaria di una norma di diritto internazionale, che si ha nell'ipotesi di partecipazione ad un trattato da parte dell'Unione europea, è meno vincolante della mera esistenza della norma stessa (il che avviene per le norme consuetudinarie).

La discrepanza è ancora più *frappant* in presenza di una Convenzione di codificazione, le cui norme sono correttamente equiparate dalla Corte alle altre norme di diritto internazionale consuetudinario⁵².

Come si giustifica infatti il fatto che se un precetto è contenuto in una norma di diritto internazionale consuetudinario esso può sempre funzionare come parametro di legittimità, mentre se la stessa norma è contenuta in una Convenzione di codificazione di cui l'Unione europea è parte essa, pur essendo una norma anche consuetudinaria a tutti gli effetti, non può più svolgere tale funzione?

L'incongruenza nel ragionamento della Corte di giustizia si aggrava e, se portato alle sue conseguenze estreme, esso potrebbe portarci al paradosso per cui la stessa Convenzione di codificazione è maggiormente vincolante per l'Unione europea quando essa non vi partecipi di quando essa ne sia parte.

Orbene, questa situazione paradossale è proprio quella che si verifica nella questione oggetto di esame.

Nella sua precedente sentenza *Poulsen e Diva Navigation*⁵³ la Corte aveva infatti ritenuto che un certo atto comunitario (più precisamente l'art. 6 del regolamento (Cee) n. 3094/86 del Consiglio del 7 ottobre 1986 che istituisce mi-

⁴⁹ Punto 45 della sentenza.

⁵⁰ Punto 51 della sentenza. Anche in questo caso viene ripreso un orientamento giurisprudenziale già espresso: sentenze della Corte di giustizia del 24 novembre 1992 in causa n. C-286/90, *Poulsen e Diva Navigation*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 6019, punti 9 e 10 e del 16 giugno 1998 in causa n. C-162/96, *Racke*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3655, punto 45.

⁵¹ Sentenza *Poulsen e Diva Navigation*, loc. cit., punto 9.

⁵² «(...) le competenze della Comunità devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale, comprese le disposizioni delle convenzioni internazionali quando codificano norme consuetudinarie sancite dal diritto internazionale generale (...)»; punto 51 della sentenza.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1992 in causa n. C-286/90, *Poulsen e Diva Navigation*, cit. *supra*, nota 50.

sure tecniche per la conservazione delle risorse della pesca) dovesse essere «interpretato, e la sua sfera d'applicazione circoscritta, alla luce delle norme pertinenti del diritto marittimo internazionale»⁵⁴. Fra tali norme elencava espressamente anche la Convenzione di Montego Bay (sebbene all'epoca la Comunità europea non figurasse fra le parti ad essa⁵⁵, che peraltro non era neppure entrata in vigore)⁵⁶, ritenendo appunto che le sue norme codificassero il diritto internazionale consuetudinario vigente, come da pacifico orientamento della giurisprudenza internazionale, peraltro puntualmente richiamata⁵⁷.

Nel caso in esame, al contrario, lo stesso organo giudicante si rifiuta di effettuare tale valutazione di conformità, essendo nel frattempo l'Unione europea entrata a far parte della Convenzione di Montego Bay.

Il fatto di esprimere formalmente la volontà di vincolarsi ad una Convenzione di codificazione sembrerebbe pertanto produrre l'effetto paradossale di restringerne la portata come parametro di legittimità, esigendo che presenti requisiti che prima non erano necessari.

Oltre a questo problema di logica giuridica, vi è un secondo aspetto del ragionamento dei giudici comunitari che non convince appieno. Essi si rifiutano di valutare la legittimità della direttiva n. 2005/35/Ce con riferimento alle norme contenute nella Convenzione di Montego Bay in quanto quest'ultima «non stabilisce norme destinate ad applicarsi direttamente ed immediatamente ai singoli né a conferire a questi ultimi diritti o libertà che possano essere invocati nei confronti degli Stati indipendentemente dal comportamento dello Stato di bandiera della nave»⁵⁸.

Non sfugga l'esatta portata di tale affermazione: la Corte parrebbe affermare che le disposizioni di diritto internazionale pattizio possono fungere da parametro di legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie solo quando considerano gli individui centri di imputazione di situazioni giuridiche soggettive (ed in particolare di diritti) invocabili nei confronti degli Stati.

Ma esistono nel diritto internazionale convenzionale norme che si indirizzano direttamente ai singoli? E se esistono, quali sono? Si tratta di uno dei grandi problemi del diritto internazionale, con cui da sempre si è confrontata la dottrina. Con la loro lapidaria affermazione i giudici comunitari, senza procedere ad un'analisi sufficientemente approfondita della questione, parrebbero condividere la tesi di chi sostiene che vi sono disposizioni di trattati internazionali che hanno come destinatari gli individui.

⁵⁴ Sentenza *Poulsen e Diva Navigation*, loc. cit., punto 9.

⁵⁵ Sentenza *Poulsen e Diva Navigation*, loc. ult. cit.

⁵⁶ La Corte ritenne, infatti, che le norme della Convenzione di Montego Bay in esame codificassero il diritto internazionale consuetudinario vigente. Sentenza *Poulsen e Diva Navigation*, loc. ult. cit., punto 10.

⁵⁷ Sentenza *Poulsen e Diva Navigation*, loc. ult. cit., punto 9.

⁵⁸ Punto 64 della sentenza.

Tuttavia, come opportunamente evidenziato dalla dottrina⁵⁹, è sempre presente il rischio di confondere i centri di riferimento della norma, ovvero i soggetti contemplati dalla norma in quanto oggetto della protezione accordata dalla norma stessa, detti anche «soggetti formulari», con i centri di imputazione delle situazioni giuridiche soggettive attive o passive create dalla norma, ovvero i soggetti cui è indirizzato il comando, i soggetti giuridici, insomma⁶⁰.

Orbene, per quanto concerne le disposizioni delle convenzioni internazionali, le persone fisiche o giuridiche sono, in molti casi, soggetti formulari, mentre non sono mai o quasi mai (sul punto non essendovi unanimità da parte della dottrina) soggetti giuridici. I destinatari delle disposizioni dei trattati internazionali (contrariamente a quanto sovente avviene per il diritto comunitario derivato) sono normalmente gli Stati, nella misura in cui i singoli non possono azionare autonomamente le situazioni giuridiche soggettive da essi previste e quindi rivestono il ruolo di meri soggetti formulari. A conferma di ciò, la eventuale violazione della norma fa sorgere la responsabilità internazionale dello Stato, anche se, in ultima istanza, il suo rispetto dipende proprio dalle persone fisiche e giuridiche che con i loro comportamenti decidono, ad esempio, che la pace sia rispettata e che l'ambiente sia tutelato, oppure no. Inoltre le convenzioni internazionali vengono trasposte nel diritto interno anche quando toccano gli interessi generali *in apicibus* ed è così che le disposizioni in esse contenute sono applicate concretamente ai comportamenti dei singoli all'interno degli Stati.

Pertanto, tenendo conto di ciò e portando il ragionamento della Corte al limite, si dovrebbe concludere che pochissime norme di diritto internazionale convenzionale (se non addirittura nessuna) potrebbero essere utilizzate per sindacare la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie.

Non solo: volendo per assurdo condividere il punto di vista dei giudici comunitari per cui l'elemento fondamentale per valutare se una norma di diritto internazionale possa o meno fungere da parametro di legittimità del diritto comunitario derivato è il fatto che essa si applichi direttamente ed immediatamente a persone fisiche o giuridiche o comunque attribuisca loro situazioni giuridiche soggettive invocabili nei confronti degli Stati, non vi sarebbe ragione per applicarlo ai soli strumenti pattizi e non estenderlo anche al diritto internazionale consuetudinario.

Se tuttavia si prosegue in tal senso il ragionamento, applicandolo ad en-

⁵⁹ V. per tutti: A. CASSESE, voce *Individuo (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971.

⁶⁰ Per capire meglio la differenza fra le due categorie (soggetti formulari e soggetti giuridici) basti pensare alle disposizioni (anche di carattere interno) che vietano di infliggere agli animali atti di tortura o certe sperimentazioni: ebbene in questi casi gli animali non sono certo soggetti giuridici di tali norme, ma semmai soggetti formulari.

trambe le categorie, sono in numero assai esiguo – sempre che ve ne siano – le norme internazionali che soddisfano queste condizioni e che quindi possono effettivamente costituire un parametro di legittimità del diritto comunitario, in quanto indirizzate direttamente agli individui quali veri e propri soggetti giuridici (e non formulari) della norma.

Il rischio insito in quanto affermato dalla Corte di giustizia nei punti 59 e seguenti della sentenza, se portato alle sue estreme conseguenze ed alla luce di tutto quanto sinora osservato, è insomma quello di dover concludere per una tendenziale insindacabilità assoluta della legittimità degli atti comunitari con riferimento alle norme di diritto internazionale.

Meglio avrebbe forse fatto la Corte se, anziché avventurarsi sul terreno accidentato dei soggetti destinatari delle norme di diritto internazionale, avesse proceduto ad effettuare il controllo di legittimità della direttiva n. 2005/35 (ed in particolare del suo art. 4) con riferimento alle disposizioni della Convenzione di Montego Bay, rispondendo così nel merito ai quesiti posti dalla *High Court* londinese.

Prima facie potrebbe anche sembrare che un certo contrasto fra le disposizioni contenute nella direttiva n. 2005/35/Ce e quelle della Convenzione di Montego Bay sussista.

Non che sia impossibile in linea di principio l'adozione di una normativa regionale volta a tutelare e conservare l'ambiente marino. Al contrario, tale possibilità è espressamente prevista dall'art. 197 della Convenzione. Ai sensi dello stesso articolo, tuttavia, è necessario che tali norme siano compatibili con la Convenzione di Montego Bay.

Analogamente, l'art. 211 della Convenzione di Montego Bay consente esplicitamente l'adozione di una disciplina unilaterale in un'ottica di prevenzione, riduzione e controllo dell'inquinamento marino da parte di navi straniere, (ivi comprese quelle che stanno esercitando il loro diritto di passaggio inoffensivo) quale quella prevista nella direttiva, precisando però che «Tali leggi e regolamenti non debbono ostacolare il passaggio inoffensivo delle navi straniere, ai sensi della parte II, sezione 3»⁶¹.

La parte II, sezione 3, intitolata appunto «passaggio inoffensivo nel mare territoriale» si apre con l'art. 17, che afferma il diritto al passaggio inoffensivo delle navi straniere nel mare territoriale. Il successivo art. 19, tuttavia, considera l'inquinamento una delle attività che costituiscono un passaggio della nave straniera non inoffensivo, in quanto pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero, ma a condizione che esso sia *intenzionale e grave*.

Diverso è il tenore dell'art. 4 della direttiva che impone di reprimere gli

⁶¹ Sul punto v. anche L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali*, cit. *supra*, nota 5, p. 485.

scarichi di sostanze inquinanti effettuati sì intenzionalmente, ma anche temerariamente o per negligenza grave, comportamenti questi ultimi che non possono essere qualificati come passaggio non inoffensivo alla luce del summenzionato art. 19.

La maggior severità della normativa comunitaria rispetto a quella internazionale sussiste sotto un doppio profilo: in primo luogo perché punisce non solo i comportamenti dolosi, ma altresì quelli temerari o gravemente colposi⁶² ed in secondo luogo in quanto viene meno il requisito della gravità dell'inquinamento.

Tale maggior severità non sembra essere tuttavia illegittima poiché l'art. 21 della stessa Convenzione di Montego Bay consente di adottare una disciplina concernente il passaggio inoffensivo nel mare territoriale e relativa a certe materie, fra cui appunto la «prevenzione dell'ambiente dello Stato costiero e prevenzione, riduzione e controllo del suo inquinamento», cui le navi straniere debbono attenersi nell'esercizio del loro diritto di passaggio inoffensivo. Normativa che, ai sensi del comma 1 dell'articolo in esame deve essere conforme alla Convenzione e «ad altre norme del diritto internazionale». Nello specifico il problema, con riferimento al mare territoriale di uno Stato membro, potrebbe sussistere in ordine alla conformità fra l'art. 5, n. 1, della direttiva e la Convenzione Marpol 73/78 (*rectius* i suoi allegati I, norma 11, lett. *b.*, e all'allegato II, norma 6, lett. *b.*). Tuttavia la questione non si porrebbe se si condividesse la tesi della Corte di giustizia secondo cui la Comunità non sarebbe vincolata dalla Marpol 73/78, come illustrato nel paragrafo precedente.

In tal caso si dovrebbe concludere che la legittimità della direttiva n. 2005/35 (ed in particolare il suo art. 4) deve essere esaminata con riferimento alle disposizioni della Convenzione di Montego Bay e che il risultato di tale esame è positivo, nel senso di una piena legittimità della direttiva.

Diversa sarebbe la conclusione se si riuscisse a dimostrare che le disposizioni della Marpol 73/78 applicabili alla fattispecie sono norme di diritto consuetudinario – generale o particolare – che, in quanto tale, vincolano la Comunità. In tal caso infatti la valutazione della legittimità della direttiva n. 2005/35 alla luce delle norme della Convenzione di Montego Bay sarebbe negativa, nella misura in cui l'art. 5, n. 1, della direttiva pur accogliendo la maggior parte delle eccezioni previste all'allegato I, norma 11 e all'allegato II, norma 6, della Convenzione Marpol 73/78, esclude quella prevista alla lett. *b.* di entrambe le norme, qualificando pertanto come illegittimo lo scarico in mare di idrocarburi o miscele di acqua ed idrocarburi ovvero di sostanze li-

⁶² A tal proposito è da valutare positivamente la decisione della Corte di respingere la tesi dei ricorrenti secondo cui l'art. 4 della direttiva si sarebbe dovuto considerare invalido nella misura in cui l'uso dell'espressione «negligenza grave» nello stesso articolo avrebbe violato il principio della certezza del diritto. V. i punti 66-80 della sentenza.

quide nocive anche quando tale azione è frutto di un'avaria alla nave o al suo equipaggiamento.

4. Considerazioni conclusive

Prima facie la decisione in esame potrebbe sembrare andare in direzione opposta rispetto all'altra sentenza concernente la disciplina di diritto dell'Unione europea di tipo sanzionatorio per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, quella del 23 ottobre 2007 in causa n. C-440/05⁶³. In quest'ultima, infatti, la Corte di giustizia ha censurato l'operato delle autorità europee, annullando la 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 (come già scritto nell'introduzione), mentre nel caso cui ci siamo dedicati nel presente contributo ha avallato l'operato delle istituzioni comunitarie, peraltro con una decisione non completamente esente da critiche.

In realtà, se analizziamo il fondo della questione, la differenza fra le due sentenze è più apparente che reale. La decisione della Corte di giustizia nella causa n. C-440/05, infatti, pur accogliendo le obiezioni relative alla legittimità della decisione quadro n. 2005/667/GAI sotto il profilo interno al sistema giuridico dell'Unione europea, non censura in linea di principio la scelta dell'UE di completare la propria azione di tutela dell'ambiente dai danni che l'inquinamento può provocare aggiungendo alla normativa che impone l'adozione di misure preventive aventi lo scopo di evitare o perlomeno ridurre il verificarsi di danni una disciplina relativa di tipo sanzionatorio per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi. Anzi, casomai tende a sottoscrivere e rafforzare (se non nell'immediato, almeno nel medio e lungo periodo) tale scelta, nella misura in cui fa rientrare la materia nelle competenze del primo anziché del terzo pilastro.

Analogamente, con la sentenza in esame, la Corte avvala la suddetta scelta dell'UE anche in un'ottica esterna, ovvero in riferimento al rispetto degli obblighi assunti sul piano internazionale e dall'Unione europea e dai suoi Stati membri, decidendo di non entrare neppure nel merito della questione della legittimità degli atti di diritto comunitario alla luce delle convenzioni internazionali, escludendone *tout court* la sindacabilità.

L'operato dell'UE tocca un punto assai delicato della questione concernente la disciplina della sicurezza marittima.

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007 in causa n. C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9097.

Come ho già avuto occasione di sostenere⁶⁴, l'opportunità di un'azione dell'Unione europea in materia di tutela dell'ambiente marino dev'essere valutata *cum grano salis* ed un giudizio positivo sull'adozione di una normativa comunitaria non può prescindere da un attento esame del suo rapporto col diritto internazionale. In particolare, è indispensabile che il diritto comunitario sia pensato come parte di un regionalismo organizzato del diritto internazionale del mare, evitando di contrastare con quest'ultimo e mantenendo un rapporto armonioso con esso.

La tutela dell'ambiente è infatti solo uno dei valori in gioco, per quanto fondamentale: accanto ad esso ne troviamo altri quali la libera circolazione delle merci, il processo di globalizzazione economica, la tutela della concorrenza. Bisogna inoltre tenere nella giusta considerazione la coscienza internazionale.

Orbene, per quanto riguarda il primo degli aspetti su cui la Comunità è intervenuta – ossia quello dell'adozione di misure preventive volte ad evitare od almeno ridurre il verificarsi di danni – ho già espresso un giudizio positivo (che confermo), nella convinzione che si sia riusciti nel delicato compito di coniugare diritto comunitario e diritto internazionale, anche in virtù del fatto che si tratta di una scelta in un certo senso obbligata quale reazione alla politica legislativa di altri Stati, nella fattispecie gli Stati Uniti.

Si tratta però di un settore in cui il rischio di andare oltre i limiti è sempre presente, come dimostra proprio la disciplina di tipo sanzionatorio per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi adottata dall'Unione europea e sottoposta al vaglio della Corte di giustizia nella sentenza oggetto di commento (nonché nella sentenza del 23 ottobre 2007 relativa alla causa n. C-440/05) disciplina che, a mio parere, nonostante sia sostanzialmente passata indenne dal giudizio della Corte di giustizia (nel senso meglio chiarito *supra*) si colloca proprio su questo limite. Limite che addirittura oltrepasserebbe nel caso in cui, contrariamente a quanto affermato dai giudici comunitari, si giungesse a dimostrare che le disposizioni della Convenzione Marpol 73/78 applicabili alla fattispecie in esame sono norme di diritto internazionale consuetudinario (generale o particolare). In tal caso, infatti, si dovrebbe concludere per l'illegittimità delle relative disposizioni della direttiva n. 2005/35/Ce che con esse contrastano.

Leonardo Pasquali*

⁶⁴ L. PASQUALI, *La normativa comunitaria sulla prevenzione dei danni*, cit. *supra*, nota 4, p. 196 ss.

* Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Pisa.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA ESCLUDE L'EFFICACIA DIRETTA
DELLE NORME OMC NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E
AFFERMA LA LORO INIDONEITÀ AD ESSERE PARAMETRO
DI LICEITÀ DELL'AZIONE DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE**

Corte di giustizia

Sentenza del 9 settembre 2008 in causa riunite n. C-120/06 P e n. C-121/06 P*

FIAMM et FIAMM Technologies e altri c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee

Art. 56 Statuto della Corte di giustizia - Contenzioso di risarcimento - Impugnazione - Dichiarazione dell'Organo per la risoluzione delle controversie sulla incompatibilità del regime comunitario d'importazione delle banane con le norme dell'OMC - Applicazione da parte degli Stati Uniti d'America di una sovrattassa doganale prelevata sulle importazioni di taluni prodotti provenienti da diversi Stati membri - Misure di ritorsione autorizzate dall'OMC - Insussistenza di responsabilità extracontrattuale della Comunità.

Per quanto attiene, più precisamente, agli accordi OMC, secondo la costante giurisprudenza, tenuto conto della loro natura e della loro economia, questi accordi non figurano in linea di principio tra le normative alla luce delle quali la Corte controlla la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie.

Solo nel caso in cui la Comunità abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito dell'OMC, ovvero nel caso in cui l'atto comunitario rinvii espressamente a precise disposizioni degli accordi OMC, spetta alla Corte controllare la legittimità dell'atto comunitario controverso alla luce delle norme dell'OMC.

* Il testo integrale della sentenza, sopra riportata, è reperibile sul sito internet <http://curia.europa.eu> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 65 ss., il commento di GIACOMO GATTINARA.

Il fatto di ammettere che il compito di assicurare la conformità del diritto comunitario alle norme dell'OMC incombe direttamente al giudice comunitario 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. È pacifico che alcune parti contraenti, fra cui le controparti più importanti della Comunità da un punto di vista commerciale, hanno appunto tratto, alla luce dell'oggetto e dello scopo degli accordi OMC, la conseguenza che questi ultimi non figurano tra le norme alla luce delle quali i loro organi giurisdizionali controllano la legittimità del loro diritto interno. Una tale assenza di reciprocità, se la si ammettesse, rischierebbe di condurre a uno squilibrio nell'applicazione delle norme dell'OMC.

(...) il diritto comunitario, allo stato attuale, non prevede un regime che consenta di affermare la responsabilità della Comunità per un comportamento normativo di quest'ultima in una situazione in cui l'eventuale non conformità di tale comportamento agli accordi OMC non può essere fatta valere dinanzi al giudice comunitario.

(Omissis) In diritto

Sul primo motivo delle impugnazioni principali

Argomenti delle parti (Omissis)

Giudizio della Corte (Omissis)

Sulla prima parte del motivo (Omissis)

Sulla seconda parte del motivo (Omissis)

108. Si deve ricordare che, a tal riguardo, gli effetti, nella Comunità, delle disposizioni di un accordo da questa concluso con Stati terzi non possono essere determinati prescindendo dall'origine internazionale delle disposizioni di cui trattasi. In conformità ai principi del diritto internazionale, le istituzioni comunitarie, che sono competenti a negoziare e concludere un tale accordo, sono libere di convenire con gli Stati terzi interessati gli effetti che le disposizioni di questo accordo devono produrre nell'ordinamento interno delle parti contraenti. Poiché tale questione non è stata disciplinata esplicitamente da detto accordo, incombe ai giudici competenti e in particolare alla Corte, nell'ambito della competenza attribuitale dal Trattato CE, risolverla al pari di qualunque altra questione d'interpretazione relativa all'applicazione dell'accordo in questione nella Comunità (v., in particolare, sentenze 26 ottobre 1982, causa n. 104/81, *Kupferberg*, *Raccolta*, p. 3641, punto 17, e *Portogallo c. Consiglio*, *cit.*, punto 34), fondandosi precisamente sullo spirito, sulla struttura o sulla lettera di tale accordo (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 1994, causa n. C-280/93, *Germania c. Consiglio*, *Raccolta*, I, p. 4973, punto 110).

109. Così, in particolare, spetta alla Corte stabilire, basandosi precisamente sui sopra menzionati criteri, se il GATT attribuisca ai singoli cittadini della Comunità il

diritto di far valere in giudizio le sue disposizioni avverso un atto comunitario (v., a proposito del GATT del 1947, sentenza 12 dicembre 1972, cause riunite n. 21/72 24/72, *International Fruit Company e a.*, Raccolta, p. 1219, punto 19).

110. A tal proposito, emerge in particolare dalla giurisprudenza della Corte che quest'ultima ritiene di poter procedere all'esame della validità di una normativa comunitaria derivata alla luce di un trattato internazionale solo ove ciò non sia escluso né dalla natura né dalla struttura di esso e, inoltre, le sue disposizioni appaiano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise (v., in particolare, sentenza 3 giugno 2008, causa n. C-308/06, *Intertanko e a.*, non ancora pubblicato nella Raccolta, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

111. Per quanto attiene, più precisamente, agli accordi OMC, secondo la costante giurisprudenza, tenuto conto della loro natura e della loro economia, questi accordi non figurano in linea di principio tra le normative alla luce delle quali la Corte controlla la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie (v., in particolare, citate sentenze *Portogallo c. Consiglio*, punto 47; *Biret International c. Consiglio*, punto 52, e *Van Parys*, punto 39).

112. Solo nel caso in cui la Comunità abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito dell'OMC, ovvero nel caso in cui l'atto comunitario rinvii espressamente a precise disposizioni degli accordi OMC, spetta alla Corte controllare la legittimità dell'atto comunitario controverso alla luce delle norme dell'OMC (v. cit. sentenze *Biret International c. Consiglio*, punto 53, e *Van Parys*, punto 40 e giurisprudenza ivi citata). (*Omissis*)

116. Si deve rammentare che l'elemento decisivo in materia risiede nel fatto che la soluzione delle controversie concernenti la normativa dell'OMC si basa, in parte, su negoziati tra le parti contraenti. La revoca di provvedimenti illegittimi costituisce certamente la soluzione suggerita da tale normativa, ma questa consente altresì l'adozione di altre soluzioni (sentenza *Omega Air e a., cit.*, punto 89). (*Omissis*)

125. Per quanto riguarda la distinzione che le ricorrenti intendono tracciare tra l'«effetto diretto» delle norme dell'OMC che impongono obblighi di natura sostanziale e l'«effetto diretto» di una decisione dell'ORC, affermando che dovrebbe essere possibile per i singoli ottenere dal giudice comunitario un controllo della liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie rispetto alla decisione dell'ORC in sé e per sé, in mancanza della possibilità di un simile controllo sulle norme dell'OMC di cui tale decisione dichiara la violazione, occorre precisare quanto segue. (*Omissis*)

128. Una decisione dell'ORC, che non ha altro oggetto che pronunciarsi sulla conformità del comportamento di uno Stato membro dell'OMC con gli obblighi contratti in tale contesto dal membro di cui trattasi, non può in linea di principio essere fondamentalmente distinta dalle norme sostanziali che traducono tali obblighi e rispetto alle quali opera tale controllo, almeno quando si tratta di stabilire se una violazione di tale norme o decisione possa o meno essere invocata dinanzi al giudice comunitario al fine di controllare la liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie.

129. Proprio come le norme sostanziali contenute negli accordi OMC, una raccomandazione o una decisione dell'ORC che constata il mancato rispetto di tali norme non è, a prescindere dalla portata giuridica precisa attribuita a tale raccomandazione o decisione, idonea ad attribuire ai singoli un diritto di farla valere dinanzi al

giudice comunitario per ottenere un controllo della liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie.

(Omissis)

Sul secondo motivo dell'impugnazione, sulle impugnazioni incidentali e sulle richieste di sostituzione dei motivi

Argomenti delle parti (Omissis)

Giudizio della Corte (Omissis)

Sul primo motivo delle impugnazioni incidentali e sulle richieste di sostituzione di motivi, vertenti sull'inesistenza di un regime di responsabilità senza colpa come sancito dalle sentenze impugnate

(Omissis)

176. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono occorre concludere che, allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario, non esiste un regime di responsabilità che consenta di far sorgere la responsabilità della Comunità per un comportamento rientrante nella sfera della competenza normativa di quest'ultima in una situazione in cui l'eventuale non conformità di tale comportamento agli accordi OMC non può essere invocata dinanzi al giudice comunitario. *(Omissis)*

179. Da quanto precede risulta che il Tribunale ha commesso un errore di diritto proclamando nelle sentenze impugnate l'esistenza di un regime di responsabilità extracontrattuale della Comunità derivante dall'esercizio legittimo di attività rientranti nella sfera normativa.

180. A tale proposito, sono però necessarie due precisazioni.

181. In primo luogo, occorre sottolineare che quanto dichiarato al punto 179 della presente sentenza non pregiudica l'ampio potere di valutazione discrezionale di cui eventualmente dispone il legislatore comunitario per accertare se, al momento dell'adozione di un dato atto normativo, la presa in considerazione di taluni effetti dannosi derivanti da tale adozione giustifichi la previsione di talune forme di risarcimento (v., in tal senso, in materia di politica agricola, sentenza 10 luglio 2003, cause riunite n. C-20/00 e n. C-64/00, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, Raccolta, I, p. 7411, punto 85).

182. In secondo luogo, occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno integralmente parte dei principi generali di cui la Corte assicura il rispetto. *(Omissis)*

184. Ne consegue che un atto normativo comunitario la cui applicazione determina restrizioni del diritto di proprietà e del libero esercizio di un'attività professionale che causerebbero un danno sproporzionale e inaccettabile alla sostanza stessa di tali diritti, per l'appunto nel caso in cui eventualmente non fosse stato previsto un risarcimento che possa evitare o attenuare tale danno, potrebbe far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità.

(Omissis)

LA SENTENZA FIAMM DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: DALLA TUTELA GIURISDIZIONALE ALL'IMMUNITÀ DALLA GIURISDIZIONE?*

Sommario: **1.** *Il contenzioso sulle banane dinanzi al giudice comunitario: dalle pronunce del Tribunale di primo grado all'appello alla Corte di giustizia* - **2.** *I dicta della Corte sulla (in)efficacia delle norme OMC nell'ordinamento comunitario* - **3.** *La responsabilità da atto lecito della Comunità europea.*

1. Il contenzioso sulle banane dinanzi al giudice comunitario: dalle pronunce del Tribunale di primo grado all'appello alla Corte di giustizia

Nella sentenza in commento, emessa il 9 settembre 2008 in Grande sezione¹, la Corte di giustizia si è pronunciata in appello sul ricorso presentato da due società italiane volto a ottenere il risarcimento del danno che tali società affermavano essere stato causato dalla sovrattassa doganale imposta dalle autorità americane sui prodotti da esse esportati negli Stati Uniti, ossia batterie stazionarie e astucci per occhiali, sovrattassa autorizzata dall'Organo di risoluzione delle controversie (o *Dispute Settlement Body*, di seguito DSB) dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), in seguito all'accertamento da parte del DSB della incompatibilità della disciplina comunitaria di importazione delle banane con le norme degli accordi e dei *memorandum* allegati all'accordo istitutivo dell'OMC.

Il noto contenzioso insorto sul punto con gli Stati Uniti aveva visto una prima decisione del DSB del 25 settembre 1997, con cui erano stati adottati i rapporti dell'*Appellate Body* (AB) e dei *panel*², come modificati dall'AB. In

* Il presente contributo è stato completato e inviato per la pubblicazione il 31 ottobre 2008.

¹ Sentenza del 9 settembre 2008 in cause riunite n. C-120/06 P e n. C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC c. Consiglio e Commissione*, e *Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. c. Consiglio e Commissione*, non ancora pubblicata.

² Rapporti, rispettivamente, del 9 settembre 1997, WT/DS27/AB/R e del 22 maggio 1997, WT/DS27/R/USA.

tale decisione, il regime preferenziale creato a vantaggio delle banane originarie dei Paesi c.d. ACP (Africa, Caraibi e Pacifico) istituito dal regolamento (Cee) del Consiglio del 13 febbraio 1993 n. 404 era stato ritenuto contrario ad alcune disposizioni del GATT (accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio) e del GATS (accordo generale sul commercio di servizi), accordi allegati all'accordo OMC³. In seguito, su richiesta degli Stati Uniti, non soddisfatti delle modifiche disposte dalla Comunità europea con i regolamenti (Ce) del Consiglio 20 luglio 1998 n. 1637 e (Ce) della Commissione 28 ottobre 1998 n. 2362⁴, il DSB autorizzava gli Stati Uniti, ed in seguito anche l'Ecuador che aveva chiesto ed ottenuto dal *panel* l'accertamento della persistente contrarietà della disciplina comunitaria alle norme OMC⁵, a sospendere le proprie concessioni commerciali sulle importazioni provenienti dalla Comunità europea, applicando dazi doganali sui prodotti oggetto di queste importazioni: tra essi figuravano appunto quelli esportati dalle società FIAMM e Fedon. Dopo una prima modifica delle disposizioni comunitarie rilevanti disposta nel 1999 e poi con il regolamento (Ce) del Consiglio 29 gennaio 2001 n. 216⁶, la Comunità europea concludeva con gli Stati Uniti un *memorandum* d'intesa al fine di risolvere la controversia l'11 aprile 2001. Le modalità di applicazione della nuova disciplina venivano quindi stabilite dalla Commissione con il regolamento (Ce) 7 maggio 2001 n. 896⁷, e gli Stati Uniti sospendevano l'applicazione della sovrattassa doganale a partire dal 30 giugno 2001⁸.

In primo grado⁹, il Tribunale aveva respinto i ricorsi, confermando la nota giurisprudenza della Corte sull'impossibilità di invocare in giudizio le norme OMC. In particolare, il Tribunale di primo grado aveva concluso la propria valutazione nel senso che la scadenza del termine concesso alla Comunità europea per conformarsi alla decisione del DSB non comportava l'esaurimento delle modalità di risoluzione delle controversie, modalità previste dalla Intesa sulla risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Un-*

³ In *Guce* n. L 47 del 25 febbraio 1993, p. 1.

⁴ Rispettivamente in *Guce* n. L 210 del 28 luglio 1998, p. 28 e n. L 293 del 31 ottobre 1998, p. 32.

⁵ Rapporto del *panel* del 6 aprile 1999, WT/DS27/RW/ECU.

⁶ In *Guce* n. L 31 del 2 febbraio 2001, p. 2.

⁷ In *Guce* n. L 126 dell'8 maggio 2001, p. 6.

⁸ Per maggiori dettagli v. 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. 191 ss.; S. GRILLER, *Enforcement and Implementation of WTO Law in the European Union*, in F. BREUSS - S. GRILLER - E. VRANES (eds), *The Banana Dispute. An Economic and Legal Analysis*, Wien - New York, Springer, 2003, p. 247 ss.; P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 541 ss.

⁹ Sentenze del Tribunale di primo grado del 14 dicembre 2005 in causa n. T-69/00, *FIAMM e FIAMM Technologies c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 5393, punti 108-115; del 14 dicembre 2005 in causa n. T-135/01, *Fedon & Figli e a. c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 29, punti 101-108 (di seguito, rispettivamente, «sentenza del Tribunale FIAMM» e «sentenza Fedon»).

derstanding, di seguito DSU), allegata all'accordo OMC. Conseguentemente, secondo il Tribunale, un controllo giurisdizionale avrebbe indebolito la posizione negoziale della Comunità europea, impegnata nella ricerca di una soluzione reciprocamente accettabile, ed avrebbe tolto agli organi legislativi o esecutivi delle Parti contraenti la possibilità di trovare soluzioni negoziate, anche se a titolo provvisorio, utilizzando le facoltà a tale scopo indicate dall'art. 22 della DSU¹⁰. Ciononostante, il Tribunale aveva accettato di valutare il comportamento delle istituzioni interessate alla luce della giurisprudenza comunitaria sulla responsabilità da atto lecito o senza colpa, subordinata all'esistenza delle tre condizioni del danno certo ed effettivo, del nesso di causalità tra comportamento e danno, e del carattere anormale e speciale di quest'ultimo, pur rigettando i ricorsi per assenza dell'anormalità del danno, ritenendo la sospensione delle concessioni tariffarie come una delle vicende inerenti al sistema del commercio internazionale¹¹.

Nel procedimento di appello, l'Avvocato Generale, Poiares Maduro, aveva ricordato la giurisprudenza comunitaria sulla impossibilità di far valere in giudizio le norme OMC, individuandone la *ratio* nella esigenza di non pregiudicare la libertà politica della Comunità sul piano del commercio internazionale, esigenza da soddisfare anche quando venisse fatta valere in giudizio una decisione del DSB¹². In tal senso, egli non aveva accolto le considerazioni delle ricorrenti sulla pretesa neutralità nei confronti di tale libertà politica di una condanna al risarcimento danni, poiché una sentenza di condanna del giudice comunitario avrebbe comunque reso necessaria l'eliminazione dell'atto illecito, oltre a rappresentare un onere finanziario per la Comunità¹³. Quanto alla responsabilità per atto lecito, l'Avvocato Generale si era pronunciato in favore del riconoscimento di un principio in tal senso, poiché, tra l'altro, sarebbero stati compensati i restrittivi presupposti della responsabilità extracontrattuale della Comunità derivante da comportamento illecito¹⁴. Egli aveva quindi considerato questa responsabilità da atto lecito come una forma di responsabilità oggettiva¹⁵, ritenendo sussistente nel caso di specie il carattere anormale del danno subito dalle ricorrenti¹⁶, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale di primo grado.

¹⁰ Sentenza del Tribunale *FIAMM*, punti 129-131 e sentenza *Fedon*, punti 122-124, entrambe *cit. supra*, nota 9.

¹¹ Sentenza del Tribunale *FIAMM*, punti 157-205 e sentenza *Fedon*, punti 150-194, entrambe *loc. cit.* Per dettagli su questi aspetti v. il par. 3 di questo commento.

¹² Conclusioni presentate il 20 febbraio 2008 in cause riunite n. C-120/06 P e n. C-121/06 P, non ancora pubblicate, punti 22-41.

¹³ *Ivi*, punti 48-52.

¹⁴ *Ivi*, punti 54-63.

¹⁵ *Ivi*, punti 64-70.

¹⁶ *Ivi*, punti 71-83, in particolare punto 82.

Con la sentenza in commento, la Corte aggiunge un altro tassello alla propria giurisprudenza sui limitati effetti delle norme OMC nell'ordinamento comunitario¹⁷, eliminando praticamente del tutto la tutela giurisdizionale degli operatori economici colpiti dalla violazione di tali norme. I tre motivi del ricorso esaminati dalla Corte riguardavano: l'incompatibilità della normativa comunitaria con le norme OMC, la responsabilità senza colpa della Comunità europea ed il carattere irragionevole della durata del procedimento dinanzi al Tribunale di primo grado. La pronuncia della Corte verrà analizzata limitatamente ai primi due motivi.

2. I *dicta* della Corte sulla (in)efficacia delle norme OMC nell'ordinamento comunitario

Un primo aspetto interessante della sentenza *FIAMM* è la conferma di un approccio meno restrittivo al problema della utilizzabilità del diritto internazionale come parametro di validità del diritto comunitario secondario. La Corte ricorda anzitutto quanto aveva detto nel caso *Kupferberg*¹⁸, ossia che gli effetti nell'ordinamento comunitario delle disposizioni di un accordo non possono essere determinati prescindendo dall'origine internazionale di tali disposizioni, origine che quindi si manifesta malgrado l'accordo sia "comunitarizzato", ossia divenuto parte dell'ordinamento giuridico comunitario, con prevalenza sul diritto comunitario secondario, ai sensi dell'art. 300, par. 7, CE¹⁹. Pertanto, ove le Parti contraenti non abbiano determinato gli effetti del-

¹⁷ Tema molto presente nella dottrina. A titolo d'esempio cfr. E. CANNIZZARO, *Sul controllo di legittimità degli atti comunitari contrastanti con il GATT*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 118 ss.; M. VELLANO, *Osservazioni in tema di diretta applicabilità del GATT: l'opportunità di una svolta interpretativa*, in *Giur. it.*, 1995, I, sez. I., c. 1145 ss.; G. PERONI, *La reciproca convenienza come limite al riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme OMC all'interno dell'ordinamento comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2002, 1, p. 209 ss.; T. M. MOSCHETTA, *Sull'efficacia degli accordi internazionali nell'ordinamento giuridico comunitario: recenti sviluppi e prospettive evolutive*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 87 ss.; B. I. BONAFÉ, *Principio di reciprocità ed effetti diretti degli accordi internazionali della C.E.: in margine alla sentenza Portogallo c. Consiglio*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 601 ss.; M. RECANATI, *Sugli effetti delle decisioni dell'organo di conciliazione dell'OMC nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 437 ss.; F. SNYDER, *The Gatekeepers: the European Courts and WTO Law*, *CMLR*, 2003, p. 313 ss.; J. H. J. BOURGEOIS, *The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenges*, in J. H. H. WEILER (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford, Oxford University Press, 2000; V. DI COMITE, *Sull'efficacia giuridica delle risoluzioni dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC sul diritto comunitario ed il mancato riconoscimento di responsabilità extracontrattuale della Comunità europea*, in *Relaciones Internacionales*, 34/2008, p. 101 ss.; A. TANCREDI, *EC Practice in the WTO Law: How Wide Is the "Scope for Manoeuvres?"*, in *European Journal of International Law*, 2004, p. 933 ss. Per un esame esteso ai rapporti tra diritto internazionale e diritto europeo v. G. GATTINARA, *Il diritto internazionale dinanzi al giudice comunitario*, tesi di dottorato, Roma, 2006.

¹⁸ Sentenza della Corte del 26 ottobre 1982 in causa n. 104/81, *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg und Cie KG A.A.*, in *Raccolta*, 1982, p. 3641.

¹⁹ A. GIARDINA, *La "comunitarizzazione" degli accordi internazionali in vigore fra Stati mem-*

l'accordo da loro concluso, i rispettivi organi giudiziari possono, nell'ambito delle rispettive competenze, definirne la portata al pari di ogni altra questione interpretativa dell'accordo²⁰. A tal fine, aggiunge ancora la Corte, il giudice si basa sullo spirito, sulla struttura «o» sulla lettera dell'accordo²¹.

In seguito, confermando quanto già detto nella sentenza *IATA*²², e ribadito nella sentenza *Intertanko*²³, la Corte ricorda che l'esame della normativa comunitaria alla luce di un trattato internazionale può avvenire solo «ove ciò non sia escluso né dalla natura né dalla struttura di esso e, inoltre, le sue disposizioni appaiano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise»²⁴.

Questa affermazione dimostra senza dubbio una maggiore apertura all'efficacia degli accordi internazionali nell'ordinamento comunitario, in quanto la Corte non parla più di «effetto diretto» per utilizzare la norma pattizia come parametro di validità del diritto comunitario derivato, come aveva costantemente fatto sin dal caso *International Fruit Company*²⁵. Ciononostante, in queste considerazioni preliminari, così come in altre occasioni, non è certo sfuggito che la Corte privilegia elementi diversi dalla lettera delle disposizioni pattizie considerate, come lo spirito, la natura e la struttura dell'accordo, allontanandosi così da quella preferenza per l'elemento testuale che sembrerebbe trasparire dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati²⁶, secondo il quale un trattato deve essere interpretato in

bri e Stati terzi, in questa *Rivista*, 1989, p. 5 ss.; la "comunitarizzazione" è un *leitmotiv* di N. LAVRANOS, *Decisions of International Organizations in the European and Domestic Legal Orders of Selected EU Members States*, Maastricht, Europa Law Publishing, 2004; per i problemi della "comunitarizzazione" sul piano della competenza interpretativa dei giudici nazionali cfr. per l'ordinamento italiano G. SACERDOTI, *Application of GATT by Domestic Courts: European and Italian Case Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1976, p. 224 ss.

²⁰ Sentenza della Corte *FIAMM*, *cit. supra*, nota 1, punto 108.

²¹ *Ibidem*.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *The Queen, ex parte: International Air Transport Association (IATA), European Low Fares Airline Association c. Department for Transport*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 403, punto 39.

²³ Sentenza della Corte del 3 giugno 2008 in causa n. C-308/06, *Intertanko e a.*, non ancora pubblicata, punto 45. Cfr. il commento di L. PASQUALI, *La sentenza Intertanko e il problema della sindacabilità degli atti delle istituzioni comunitarie alla luce del diritto internazionale*, in questa *Rivista*, *supra*, p. 43.

²⁴ Sentenza della Corte *FIAMM*, *cit. supra*, nota 1, punto 110.

²⁵ Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972 in cause riunite da n. 21 a n. 24/72, in *Raccolta*, 1972, p. 1219 e in questa *Rivista*, 1973, p. 271 con commento di A. DEL VECCHIO, *Comunità Europee e Gatt (Corte di Giust. Com. Europee 21 a 24/72)*, p. 274 ss. Sul punto cfr. G. GATTINARA, *La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio secondo la sentenza IATA*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 355 ss. Cfr. pure F. CAPELLI, *Normativa comunitaria e normativa G.A.T.T. Riflessioni sui rapporti fra diritti comunitario e diritto internazionale*, in AA. Vv., *Studi di diritto europeo in onore di Riccardo Monaco*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 25 ss.

²⁶ In tal senso v. P. PESCATORE, *Treaty - Making by the European Communities*, in F. G. JACOBS - S. ROBERTS (eds), *The Effects of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet and Maxwell, 1987, p. 177 ss., p. 188.

buona fede «secondo il significato ordinario da attribuirsi ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato medesimo».

Avendo così definito la questione dell'interpretazione delle norme pattizie da parte del giudice interno, con un netto sbilanciamento degli elementi "contestuali" in danno degli elementi "testuali"²⁷, la Corte si pone nella condizione di poter facilmente ribadire la propria nota giurisprudenza, secondo la quale tenuto conto della loro «natura» ed «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»²⁸. Peraltro, a tale regola, la Corte aggiunge le due note eccezioni²⁹: la norma OMC può essere parametro di legittimità del diritto derivato o nel caso di rinvio ad una norma OMC da parte dell'atto sul cui fondamento giuridico l'atto impugnato è adottato (eccezione *Fediol*)³⁰, oppure nel caso in cui l'atto impugnato sia stato adottato per dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito OMC (eccezione *Nakajima*)³¹. La Corte conferma quindi il ragionamento più volte seguito per cui anche se gli atti comunitari impugnati sono stati adottati al fine di rendere compatibile con le norme OMC una disciplina comunitaria, come quella sulla importazione delle banane, questi atti non possono considerarsi come espressione di alcuna delle due eccezioni sopra ricordate³². In particolare, quanto alla fattispecie *Nakajima*, simili atti comunitari non sarebbero la manifestazione della "intenzione" della Comunità europea di assumere nell'ambito dell'OMC un obbligo particolare³³.

Sono evidenti le incertezze derivanti da questa interpretazione della fattispecie *Nakajima*, poiché il giudice comunitario non potrà in futuro accontentarsi di una valutazione del contenuto dell'atto comunitario contestato, ma dovrà verosimilmente sempre ravvisare in esso la manifestazione della intenzione della Comunità di assumere un obbligo nell'ambito dell'OMC. Dato il

²⁷ In tal senso, riferito a questa tendenza giurisprudenziale, R. A. BRAND, *Direct Effect of International Economic Law in the United States and the European Union*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, (17), 1996/1997, p. 557 ss., p. 592; v. su tali aspetti anche G. GAJA, *Trends in Judicial Activism and Judicial Self – Restraint Relating to Community Agreements*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague - London - Boston, Kluwer Law International, 2002, p. 117 ss., p. 132. Così anche M. BRONCKERS, *From "Direct Effect" to Muted Dialogue. Recent Developments in the European Courts' Case Law on the WTO and Beyond*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2008, p. 885 ss., a p. 894.

²⁸ Sentenza *FIAMM*, cit. supra, nota 1, punto 111.

²⁹ *Ivi*, punto 112.

³⁰ Sentenza della Corte del 22 giugno 1989 in causa n. 70/87, *Fediol c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 1781.

³¹ Sentenza della Corte del 7 maggio 1991 in causa n. C-69/89, *Nakajima All Precision c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2069.

³² Sentenza *FIAMM*, loc. cit., punti 112-114.

³³ *Ivi*, punto 115 da leggere alla luce del punto 47.

complessivo tenore della sentenza *FIAMM*, non è fuori luogo chiedersi se la Corte non pretenda ormai la manifestazione espressa di questa volontà di conformazione. Un simile criterio sarebbe certo facilmente eludibile dall'istituzione interessata³⁴, poiché sarebbe sufficiente omettere tale intenzione di conformarsi per sfuggire al controllo giurisdizionale. E tuttavia, anche se l'istituzione comunitaria manifestasse una simile intenzione, il giudice comunitario potrebbe ancora considerarla non valida al fine di ritenere soddisfatta la fattispecie *Nakajima*, come accaduto nel caso *OGT*³⁵, sempre relativo alla disciplina comunitaria delle importazioni delle banane, in cui tale intenzione venne ritenuta come non manifestata nonostante la presenza nel regolamento contestato di un *considerando* in virtù del quale era «necessario rispettare gli impegni internazionali»³⁶.

È appena il caso di ricordare che, lungi dall'inserire un elemento del tutto soggettivo ed aleatorio come la ricerca della intenzione della Comunità di conformarsi alle norme OMC, la Corte avrebbe potuto definire meglio i contorni della fattispecie *Nakajima*, come avevano suggerito l'Avvocato Generale Tizzano nel caso *Van Parys* e l'Avvocato Generale Geelhoed nel caso *Engerberger*³⁷, e come aveva fatto il Tribunale di primo grado in *Chiquita Brands International*³⁸. In tale pronuncia, la fattispecie *Nakajima* era stata meglio definita e precisata come una situazione limitata al settore *antidumping* e a tutti quei casi in cui: 1. il contenuto della norma OMC sia circostanziato come quello delle norme relative all'*antidumping*; 2. la norma OMC sia assistita dalla previsione di un obbligo di adeguamento; 3. la norma comunitaria sia stata adottata allo scopo specifico di conformarsi alla norma OMC³⁹. In un'altra pronuncia di poco successiva, il Tribunale di primo grado aveva ricordato che, affinché si ricada nella fattispecie *Nakajima*, si presuppone che l'atto comunitario impugnato garantisca specificamente «la trasposizione nel

³⁴ V. quanto sostenuto già da M. PERE, *Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions and Liability Actions*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, 2004, 1, p. 1 ss., p. 10-11.

³⁵ Ordinanza della Corte del 2 maggio 2001 in causa n. C-307/99, *OGT Fruchthandels-gesellschaft mbH c. Hauptzollamt Hamburg - St. Annen*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3159, punto 28.

³⁶ V. sul punto S. PEERS, *WTO Dispute Settlement and Community Law*, in *EL Rev.*, 2001, p. 605 ss.

³⁷ V. rispettivamente conclusioni presentate il 18 novembre 2004 in causa n. C-377/02, *NV Firma Leon Van Parys c. Belgisch Interventie-en Restitutiebureau*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1465; conclusioni presentate il 1° dicembre 2005 in causa n. C-313/04, *Franz Engerberger GmbH Molkerei und Trockenwerk*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6331, p. 67 ss.

³⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado del 3 febbraio 2005 in causa n. T-19/01, *Chiquita Brands International c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 315.

³⁹ *Ivi*, punti 125, 156 ss. e da 167 a 169. Sull'inevitabile approccio dualistico che tale interpretazione della fattispecie *Nakajima* comporta, sia consentito il rinvio a G. GATTINARA, *European Banana Importers and WTO Dispute Settlement Decisions: Is the Door Closed?*, in *European Law Reporter*, 3/2005, p. 101 ss., p. 104. Nello stesso senso, v. le conclusioni dell'Avvocato Generale, Jarabo Colomer, presentate il 23 gennaio 2007 in causa n. C-431/05, *Merck*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7001, punti 76 ss.

diritto comunitario di prescrizioni derivanti dagli accordi dell'OMC (...)», essendo a tale proposito necessario esaminare «caso per caso, da una parte, le caratteristiche specifiche di tale atto [comunitario] e, dall'altra, quelle delle pertinenti disposizioni degli accordi OMC invocate»⁴⁰.

Passando all'esame del sistema di risoluzione delle controversie nell'ambito dell'OMC, nei paragrafi successivi della sentenza *FIAMM*, la Corte sostiene che tale sistema si basa, tra l'altro, su negoziati tra le parti contraenti, che la scadenza del termine concesso per adempiere ai rapporti adottati dal DSB non esaurisce le possibilità offerte per comporre la controversia e che l'intervento del giudice comunitario nei confronti degli atti comunitari potrebbe compromettere l'efficacia dell'azione negoziale dei soggetti del *treaty making power* comunitario⁴¹.

Nonostante questi rilievi, la vera spiegazione dell'atteggiamento della Corte – volto a ritenere le norme OMC come inadatte a determinare l'invalidità degli atti comunitari – emerge successivamente⁴², quando si ricorda il margine di manovra «di cui dispongono gli organi analoghi delle controparti commerciali» tra cui molte, come proprio gli Stati Uniti, hanno stabilito che gli accordi OMC non possono essere utilizzati dai propri organi giurisdizionali per controllare «la legittimità del loro diritto interno». La conseguenziale assenza di reciprocità di questo eventuale intervento del giudice comunitario «rischierebbe di condurre a uno squilibrio nell'applicazione delle norme dell'OMC»⁴³.

Un altro spunto di analisi offerto dalla sentenza in commento è la conferma da parte della Corte dell'impossibilità di far valere in giudizio le norme OMC al fine di rilevare l'invalidità di un atto delle istituzioni comunitarie, con la precisazione però che non si può distinguere a seconda che «il controllo della legittimità dell'azione comunitaria debba intervenire ai fini del contenzioso di annullamento o per statuire su un ricorso di risarcimento»⁴⁴.

Il ragionamento seguito dalla Corte dimostra così anche per il ricorso per responsabilità extracontrattuale della Comunità europea il superamento dell'impostazione seguita per il giudizio di validità e nata con la sentenza *International Fruit Company*⁴⁵, per cui le norme OMC non potevano fungere da

⁴⁰ Sentenza del Tribunale di primo grado del 15 marzo 2006 in causa n. T-226/04, *Italia c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 29, punto 102.

⁴¹ Sentenza *FIAMM*, cit. *supra*, nota 1, punti 115-118.

⁴² *Ivi*, punto 119.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ivi*, punto 120. E ciò malgrado la residualità dell'azione risarcitoria e la sua autonomia rispetto al ricorso di annullamento e al rinvio pregiudiziale di validità: G. GATTINARA, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per violazione delle norme OMC*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 111 ss., p. 150-151.

⁴⁵ *Cit. supra*, nota 25.

parametro di liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie in quanto prive di efficacia diretta, e quindi non considerabili come norme «preordinate a conferire diritti ai singoli» per condannare la Comunità nell'ambito di un'azione risarcitoria.

Pertanto, più che per l'assenza della violazione di una norma preordinata a conferire diritti ai singoli, l'impossibilità di condannare la Comunità europea al risarcimento dei danni per violazione delle norme OMC deriva dagli effetti di questa eventuale pronuncia di accoglimento sulla discrezionalità degli organi del *treaty making power* comunitario. Una simile pronuncia obbligherebbe comunque l'istituzione interessata ad adottare dei provvedimenti⁴⁶, riproponendo così il problema di un controllo giurisdizionale sull'azione comunitaria alla luce delle norme OMC.

Non meno interessante, ed ulteriormente chiarificatore dei rapporti tra accordi OMC e ordinamento comunitario, è il rifiuto della Corte di distinguere l'efficacia delle norme OMC da quella delle decisioni e raccomandazioni del DSB. Le società ricorrenti affermavano che i singoli avrebbero dovuto ottenere dal giudice comunitario un controllo della liceità del comportamento delle istituzioni rispetto alle decisioni del DSB considerate «in sé e per sé», in mancanza di un simile controllo alla luce delle norme OMC di cui tali decisioni dichiaravano la violazione⁴⁷. Chiamata a pronunciarsi per la prima volta su tale questione⁴⁸, la Corte ritiene che la natura intrinseca degli accordi OMC esclude l'invocabilità in giudizio delle decisioni del DSB, sia per la discrezionalità lasciata ai loro destinatari nella conformazione ad esse, sia per il contenuto della DSU, la quale all'art. 3, par. 2, stabilisce che le decisioni e le raccomandazioni del DSB non possono aumentare o diminuire i diritti e gli obblighi enunciati negli accordi OMC⁴⁹.

Le affermazioni della Corte non sono prive di cautele, che lasciano aperti diversi interrogativi cui non è possibile rispondere in questa sede⁵⁰. In particolare, la Corte sostiene l'impossibilità di distinguere la rilevanza interna di una

⁴⁶ Sentenza *FIAMM*, cit. *supra*, nota 1, punti 121-124. Com'era stato già osservato in dottrina per il caso di azioni risarcitorie contro un accordo internazionale vincolante la Comunità, una serie di ricorsi per responsabilità extracontrattuale contro l'atto comunitario di conclusione dell'accordo metterebbe in discussione a lungo andare il carattere vincolante di tale atto e dello stesso accordo: J. RIDEAU, *Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux*, in *Révue générale de droit international public*, 1990, tome 94, n. 2, p. 289 ss., p. 387-388.

⁴⁷ Sentenza *FIAMM*, loc. cit., punto 125.

⁴⁸ *Ivi*, punto 126.

⁴⁹ *Ivi*, punti 127-132.

⁵⁰ Sia consentito quindi rinviare a G. GATTINARA, *On Dice and Doors: WTO Dispute Settlement Decisions in the System of Judicial Protection of the European Union*, in A. DEL VECCHIO (ed.), *New International Tribunals and New International Proceedings*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 233 ss.

decisione del DSB dalle norme sostanziali OMC di cui con questa decisione si accerta la violazione, precisando che ciò vale quando la decisione «non ha altro oggetto che» la valutazione del comportamento della Parte contraente interessata. In una simile situazione, la decisione in questione non può «in linea di principio» essere «fondamentalmente» distinta dalle norme sostanziali la cui violazione viene accertata mediante tale decisione, «almeno» quando occorre valutare se la violazione delle norme OMC o della decisione del DSB possa essere fatta valere dinanzi al giudice comunitario per controllare la liceità del comportamento delle istituzioni interessate⁵¹.

Inoltre, i giudici di Lussemburgo ricordano che, per le ragioni sopra indicate, le norme OMC e le decisioni del DSB non sono idonee ad attribuire «ai singoli» il diritto di farle valere in giudizio né a riconoscere loro un diritto di cui essi «non sono titolari» in forza degli accordi OMC⁵². Sarebbe quindi legittimo chiedersi se le stesse considerazioni valgano quando sono gli Stati membri che fanno valere in giudizio le norme OMC e le decisioni del DSB. E tuttavia, già in passato, la Corte ha affermato che le considerazioni sulla natura e l'economia del GATT, e poi degli accordi OMC, sono valide indipendentemente dal soggetto che cerca di far valere in giudizio l'osservanza di tali norme internazionali⁵³.

Questi paragrafi della sentenza in commento confermano la validità della tesi secondo cui le decisioni del DSB sono simili alle pronunce di tribunali internazionali, le quali non sono in sé suscettibili di essere *self-executing* negli ordinamenti interni, poiché comportano in linea di principio per i propri destinatari un obbligo generale di conformarsi ad esse⁵⁴. Per contro, tali decisioni non sono suscettibili di contenere obblighi precisi e incondizionati, la cui violazione può far nascere nella sfera giuridica dei privati interessati quei «diritti» destinati a essere fatti valere in giudizio come espressione dell'efficacia diretta⁵⁵.

⁵¹ *Ivi*, punto 128.

⁵² *Ivi*, punti 129 e 131.

⁵³ Sentenza del 5 ottobre 1994 in causa n. C-280/93, *Germania c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4973, punto 111. Per l'OMC v. il caso *Portogallo c. Consiglio*: sentenza della Corte del 23 novembre 1999 in causa n. C-149/96, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8395. Su questo aspetto v. M. J. HAHN - G. SCHUSTER, *Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté: l'invocabilité du GATT dans l'affaire République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne*, in *Revue générale de droit international public*, 1995, 2, p. 367 ss.

⁵⁴ A. GIARDINA, *La mise en œuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux*, in *Coll. Courses of the Hague Ac. of Int. Law*, 1979, IV, tome 165, at 248.

⁵⁵ 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*, in *Journal of World Trade*, 39 (1), 2005, p. 45 ss., p. 60: «it is up to the respondent state to decide how to implement the decision of international judicial bodies». Questo Autore ricorda tuttavia alcune eccezioni, come gli artt. 68, par. 2, della Convenzione americana per i diritti umani, 54, par. 1, della Convenzione ICSID e 39 dello Statuto del Tribunale internazionale per il diritto del mare.

Nonostante la inevitabile assenza di efficacia diretta delle decisioni e raccomandazioni del DSB ci si può chiedere se queste pronunce possano essere oggetto del principio di interpretazione conforme, tanto più che, nella sentenza in commento, la Corte esclude l'efficacia diretta delle decisioni del DSB «a prescindere dalla portata giuridica precisa» attribuibile a tali raccomandazioni e decisioni⁵⁶, dimostrando quindi che l'utilizzo delle decisioni del DSB per controllare la legalità dell'azione delle istituzioni comunitarie non esaurisce tutte le forme di efficacia interna di questi atti.

Alla luce di quanto la Corte ha più volte affermato, già nel vigore del GATT in *Commissione c. Germania* (c.d. sentenza del latte)⁵⁷, e successivamente all'entrata in vigore dell'accordo istitutivo dell'OMC, in diverse pronunce relative sia all'accordo sui diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio («TRIPS»)⁵⁸, sia all'Accordo Antidumping e all'Accordo sui sussidi e le contromisure⁵⁹, le norme OMC possono essere oggetto del principio di interpretazione conforme, in base alla prevalenza di cui godono gli accordi internazionali rispetto al diritto comunitario secondario in virtù dell'art. 300, par. 7, CE.

Pertanto, il problema non è se il giudice comunitario possa dare luogo alla interpretazione conforme riguardo alle decisioni e raccomandazioni del DSB, ma se sia obbligato a farlo⁶⁰. Secondo il ragionamento seguito dalla Corte nelle pronunce ricordate, legato alla prevalenza degli accordi conclusi dalla Comunità sul diritto comunitario secondario, ed anche alla luce di quanto stabilito nella giurisprudenza comunitaria sull'efficacia nell'ordinamento comunitario di decisioni di organi istituiti da accordi internazionali vincolanti la Comunità⁶¹, un simile obbligo sembrerebbe sussistere.

⁵⁶ Sentenza *FIAMM*, cit. *supra*, nota 1, punto 129.

⁵⁷ Si trattava dell'accordo internazionale sui prodotti lattiero-caseari concluso nell'ambito dei negoziati commerciali degli anni 1973-1979 realizzati nel contesto del GATT: sentenza del 10 settembre 1996 in causa n. C-61/94, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, p. I, 3989, punto 52: «la prevalenza degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità sulle norme di diritto comunitario derivato impone di interpretare queste ultime in maniera per quanto possibile conforme agli accordi». Sul punto v. G. TESAURO, *Rapporti tra la Comunità europea e l'OMC*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, Giuffrè, 1998, vol. II, p. 951 ss.

⁵⁸ Ove sussista, beninteso, una competenza comunitaria: sentenze del 14 dicembre 2000 in cause riunite n. C-300/98 e n. C-392/98, *Dior e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 11307, punto 47; dell'11 settembre 2007 in causa n. C-431/05, *Merck Genériques - Produtos Farmacêuticos*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7001, punto 35. V. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi presentate il 10 settembre 2008 in causa n. C-376/07, *Staatsecretaris van Financiën*, non ancora pubblicate.

⁵⁹ Sentenza del 9 gennaio 2003 in causa n. C-76/00P, *Petrobub SA e Republica SA c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 79 punto 76; sentenza del Tribunale di primo grado del 24 settembre 2008 in causa n. T-45/06, *Reliance Industries Ltd c. Consiglio*, non ancora pubblicata, punto 91.

⁶⁰ V. sul punto P. MENGOZZI, *L'invocabilità in giudizio delle regole dell'Organizzazione mondiale del commercio e la giurisprudenza comunitaria*, in *Scritti in onore di Gaetano Arancio - Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, vol. II, 2004, p. 551 ss.

⁶¹ Secondo la Corte, la rilevanza interna attribuita all'accordo istitutivo dell'organo non può non estendersi anche alle decisioni adottate dall'organo, e ciò in virtù del «collegamento diretto»

Del resto, l'applicazione di questo principio è sempre utile per il giudice, poiché previene il formarsi di conflitti tra norma interna e internazionale, e lascia impregiudicata la questione di sapere in che termini la norma internazionale interpretata sia vincolante per l'ordinamento interno. Prova di questo è che la Corte ha ribadito il principio di interpretazione conforme anche per decisioni di organi internazionali non obbligatorie per la Comunità⁶².

In ogni caso, la Corte di giustizia si è riferita ad un rapporto dell'Organo di appello dell'OMC per corroborare l'interpretazione di alcune disposizioni del TRIPS⁶³, mentre il Tribunale di primo grado nella sentenza *Shanghai* ha già applicato il principio dell'interpretazione del diritto comunitario alla luce delle norme OMC ai rapporti dei *panel* e dell'AB relativi al noto caso c.d. della «biancheria da letto»⁶⁴. Anche nella sentenza *Ritek*⁶⁵, il Tribunale ha utilizzato tali rapporti, invocati dalle ricorrenti, al fine di interpretare l'Accordo *antidumping* concluso in sede OMC e di determinare la compatibilità con le sue disposizioni del metodo seguito dalla Comunità europea per calcolare il margine di *dumping*. In tale caso, il Tribunale ha espressamente affermato di non volersi pronunciare sulla questione del carattere vincolante delle decisioni e raccomandazioni del DSB⁶⁶. Similmente, con riferimento a questi stessi rapporti, nel caso *IKEA*⁶⁷, pur rifiutandosi di interpretare le disposizioni di alcuni regolamenti *antidumping* impugnati in maniera conforme a quanto stabilito dal DSB, la Corte ha dichiarato ugualmente l'invalidità delle disposizioni comunitarie impugunate per contrasto con il regolamento di base in materia di

con l'accordo di cui questi atti costituiscono l'attuazione: sentenza del 14 novembre 1989 in causa n. 30/88, *Grecia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, I, p. 3711, punto 13; sentenza del 20 settembre 1990 in causa n. C-192/89, *Sevince*, in *Raccolta*, 1989, I, p. 3461, punto 9 e massimata in questa *Rivista*, 1991, p. 87.

⁶² Sentenza del 21 gennaio 1993 in causa n. C-188/91, *Deutsche Shell AG c. Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 363, punti da 16 a 19.

⁶³ Sentenza del 16 novembre 2004 in causa n. C-245/02, *Anheuser Busch*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10989, punti 67 e 91: si tratta del rapporto WT/DS/176/AB/R del 2 gennaio 2002, *Stati Uniti - art. 211 della legge generale del 1998 relativa all'apertura di crediti*.

⁶⁴ Si tratta dei rapporti dell'Organo di appello WT/DS141/AB/R del 1° marzo 2001 e del *panel* WT/DS/141/R del 30 ottobre 2000: sentenza del Tribunale di primo grado del 28 ottobre 2004 in causa n. T-35/01, *Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd. c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2004, II, p. 3663, punti 140 a 146, in cui, nel quadro di un ricorso di annullamento contro un regolamento istitutivo di dazi *antidumping* definitivi, il Tribunale ha esaminato la censura relativa all'errata determinazione del danno per il calcolo del dazio *antidumping* alla luce dei rapporti ricordati, nei quali era stato applicato l'art. 3.4 del «codice *antidumping*».

⁶⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 24 ottobre 2006 in causa n. T-274/02, *Ritek e Prodisc Technology c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 4305, punti 97 ss.

⁶⁶ *Ivi*, punto 98. Sempre in materia di *antidumping*, nella sentenza *Reliance Industries* (*cit. supra*, nota 59, punti 107-110), il Tribunale si è riferito a un rapporto dell'AB per interpretare una disposizione OMC relativa alla revisione quinquennale dei dazi *antidumping* precedentemente imposti: rapporto WT/DS AB/RW del 12 aprile 2007.

⁶⁷ Sentenza del 27 settembre 2007 in causa n. C-351/04, *Ikea Wholesale*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7723.

*antidumping*⁶⁸, giungendo sino a riconoscere il diritto degli operatori danneggiati alla restituzione di quanto trattenuto dall'amministrazione doganale in violazione delle norme OMC. In tale caso, le decisioni del DSB hanno comunque influenzato il ragionamento della Corte⁶⁹.

Ciò detto, quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *FIAMM* conferma in maniera definitiva l'esclusione di una autonoma rilevanza delle norme OMC nell'ordinamento comunitario. Come suggerì l'Avvocato Generale Alber nel caso *Omega Air*⁷⁰, la questione dell'eventuale efficacia diretta delle norme OMC sembra potersi ormai affrontare solamente a livello multilaterale tra i membri dell'Organizzazione⁷¹.

3. La responsabilità da atto lecito della Comunità europea

Una parte interessante della sentenza in commento riguarda l'applicabilità del principio della responsabilità extracontrattuale della Comunità europea da atto lecito⁷². Un'espressa valutazione della Corte su tale principio era stata richiesta dal Consiglio e dal Regno di Spagna, i quali avevano domandato alla Corte di dichiarare l'impossibilità di configurare una responsabilità extracontrattuale della Comunità europea in assenza di fatto illecito.

Dopo aver ricordato i presupposti per la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie, la Corte afferma che il regime di tale responsabilità è definito con certezza quanto al comportamento illecito della Comunità, mentre non lo è, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale di primo grado nella sentenza impugnata, quanto alla responsabilità fatta valere in mancanza di un comportamento illecito⁷³. In tal modo, la Corte prende le distanze

⁶⁸ *Ivi*, punti 50-57; il regolamento è il n. 384/96 del 22 dicembre 1995, relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di *dumping* da parte di Paesi non membri della Comunità europea, in *Guce* n. L 56 del 6 marzo 1996, p. 1.

⁶⁹ *Ivi*, punto 67. Per altri precedenti v. M. BRONCKERS, *Private Appeals to WTO Law: An Update*, in *Journal of World Trade*, 2008, p. 245 ss., p. 257-258.

⁷⁰ Conclusioni presentate il 20 settembre 2001 nelle cause riunite n. C-27/00 e n. C-122/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2572, punto 95.

⁷¹ Nello stesso senso T. COTTIER, *A Theory of Direct Effect in Global Law*, in A. VON BOGDANDY - P. C. MAVROIDIS - Y. MÉNY (eds), *European Integration and International Coordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 99 ss., p. 109 e 121.

⁷² Cfr. su tale forma di responsabilità extracontrattuale, *ex multis*, F. COUZINET, *La faute dans le régime de la responsabilité non contractuelle des Communautés européennes*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1986, p. 367 ss.; H. J. BRONKHORST, *The valid legislative act as a cause of liability of the Communities*, in T. HEUKELS - A. McDONNELL (eds), *The action for damages in Community Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1997; F. CAPELLI - M. MIGLIAZZA, *Recours en indemnité et protection des intérêts individuels: quels sont les changements possibles et souhaitables?*, in *Cah. dr. eur.*, 1995, p. 585 ss.; I. PERNICE, *Le recours en indemnité*, *ivi*, p. 641 ss.

⁷³ Sentenza *FIAMM*, *cit. supra*, nota 1, punti 164-168.

dalla propria giurisprudenza, in particolare dal caso *Dorsch Consult*, nel quale aveva detto che «la Comunità può essere ritenuta responsabile dal punto di vista extracontrattuale per un atto "lecito", come nel caso di specie» solo in presenza di tre condizioni: l'esistenza di un danno effettivo, il nesso di causalità tra il comportamento dell'istituzione interessata e il danno, nonché la peculiarità del danno, ossia la necessità che questo danno sia non solo *speciale*, e quindi riguardante una categoria particolare di operatori economici in maniera sproporzionata rispetto agli altri operatori, ma anche *anormale*, nel senso di essere un pregiudizio che supera i limiti dei rischi economici inerenti alle attività oggetto del settore in questione, senza che l'atto comunitario all'origine del pregiudizio sia giustificato da un interesse economico generale⁷⁴.

Per contro, nella sentenza *FIAMM* la Corte sostiene che aveva sì precisato delle condizioni relative alla responsabilità della Comunità da atto lecito, ma solo «nell'ipotesi di ammissione in diritto comunitario del principio della responsabilità della Comunità conseguente a un atto lecito»⁷⁵. Che questo sia il frutto di una preoccupazione della Corte di non condizionare eccessivamente la discrezionalità delle istituzioni comunitarie è dimostrato dai paragrafi successivi, nei quali la Corte si rifà alla propria giurisprudenza sulla necessità di interpretare restrittivamente i presupposti della responsabilità extracontrattuale della Comunità⁷⁶, al fine di lasciare alle istituzioni il margine di manovra necessario all'attuazione delle politiche comunitarie⁷⁷. La Corte ricorda anche che dall'esame comparativo degli ordinamenti giuridici degli Stati membri non deriva una convergenza verso l'affermazione di un principio generale relativo alla responsabilità da atto lecito ai sensi dell'art. 288, secondo comma, del Trattato CE, contrariamente al caso del comportamento illecito, che invece è riconosciuto da tutti gli Stati membri come fonte di pregiudizio risarcibile anche in caso di atti normativi⁷⁸.

I giudici comunitari concludono in maniera non del tutto perspicua nel senso della non configurabilità di un regime di responsabilità per un comportamento rientrante nella competenza normativa della Comunità, «in una situazione in cui l'eventuale non conformità di tale comportamento agli accordi

⁷⁴ Sentenza del 15 giugno 2000 in causa n. C-237/98 P, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4564, punti 18 e 19. V. anche la sentenza del 13 giugno 1972 in cause riunite n. 9/71 e n. 11/71, *Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit e Grands Moulins de Paris c. Commissione*, in *Raccolta*, 1972, p. 391, punti 45-46. La natura speciale del pregiudizio dovrebbe a sua volta dipendere dal grado di rischiosità del tipo di attività commerciali internazionali che il ricorrente ha esercitato: P. J. KUIJPER, in P. J. KUIJPER - M. BRONCKERS, *WTO Law in the European Court of Justice*, CMLR, 2005, p. 1313 ss., p. 1339.

⁷⁵ Sentenza *FIAMM*, loc. cit., punto 169.

⁷⁶ Su cui v. L. DANIELE, *Sulla responsabilità comunitaria per atti normativi illegittimi*, in *Foro it.*, 1980, IV, c. 321.

⁷⁷ Sentenza *FIAMM*, loc. ult. cit., punti 170-174.

⁷⁸ *Ivi*, punto 167.

OMC non può essere invocata dinanzi al giudice comunitario»⁷⁹.

Pertanto, la Corte esclude la possibilità di far valere la responsabilità da atto lecito della Comunità europea nel caso in cui siano invocate le norme OMC come parametro di liceità dell'azione delle istituzioni comunitarie. Tuttavia, la Corte non giunge alla radicale esclusione nel diritto comunitario del principio della responsabilità da atto lecito, poiché ricorda, tra l'altro, che i diritti fondamentali di proprietà e di libero esercizio delle attività professionali non possono subire un danno «sproporzionale e inaccettabile» nella loro stessa «sostanza» senza creare la possibilità di una responsabilità extracontrattuale della Comunità, almeno nel caso in cui le stesse istituzioni comunitarie non abbiano previsto una forma di risarcimento volto ad «evitare o attenuare tale danno»⁸⁰. La Corte precisa comunque che una situazione del genere non sussiste nel caso di specie, stante la natura aleatoria delle posizioni in cui si vengono a trovare gli operatori economici impegnati nel commercio internazionale⁸¹.

Sebbene già nella propria giurisprudenza la Corte avesse sempre respinto i ricorsi intentati per far valere la responsabilità extracontrattuale da atto lecito⁸², i passaggi della sentenza in commento sul principio in parola sono molto sorvegliati, e si direbbe quasi che la Corte abbia voluto evitare un possibile fraintendimento delle proprie decisioni precedenti, concretizzatosi, a suo avviso, nelle impugnate sentenze del Tribunale di primo grado. Il risultato è un ridimensionamento di questo principio nel diritto comunitario in limiti incerti che, letti anche alla luce della non invocabilità in giudizio delle norme OMC, non contribuiscono ad un pieno rispetto del fondamentale diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'ordinamento europeo.

A tale proposito, è utile ricordare che dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo pendono alcuni ricorsi di società che lamentano la violazione del proprio diritto alla protezione giurisdizionale ai sensi degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), a causa del rigetto di un ricorso per responsabilità extracontrattuale respinto anche in appello dalla Corte di giustizia⁸³. Tale ricorso al giudice comunitario era stato proposto per fare valere la violazione da parte della Comunità di alcune norme dell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie allegato all'accordo

⁷⁹ Sentenza *FIAMM*, cit. *supra*, nota 1, punto 176.

⁸⁰ *Ivi*, punti 182-184.

⁸¹ *Ivi*, punti 185-186.

⁸² H. G. SCHERMERS - M. WAELEBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, Kluwer Law International 2001, p. 557 e giurisprudenza menzionata alla nota 1158; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 603.

⁸³ Sentenze del 30 settembre 2003 in causa n. C-93/02 P, *Biret International c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10497; del 30 settembre 2003 in causa n. C-94/02 P, *Biret et Cie c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10565.

OMC, causata – secondo i ricorrenti - dal divieto, deciso dal Consiglio dei ministri dell'Unione europea, di importare nella Comunità carne bovina proveniente da animali da azienda cui fossero state somministrate talune sostanze ad azione ormonica.

Se la Corte di Strasburgo dichiarasse irricevibile il ricorso facendo applicazione della propria nota giurisprudenza *Bosphorus*⁸⁴, secondo la quale si presume che nell'ordinamento comunitario esista una protezione dei diritti fondamentali in principio «equivalente» a quella assicurata nell'ambito del meccanismo della CEDU salvo il caso di una «insufficienza manifesta» di tale protezione in un caso determinato⁸⁵, vorrebbe dire che l'impossibilità per gli operatori economici danneggiati di far valere in giudizio le norme OMC non è in contrasto con il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale⁸⁶.

Giacomo Gattinara**

⁸⁴ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi d.İ. "Bosphorus Airways" c. Irlanda* (GC, n. 45036/98, CEDH 2005-VI).

⁸⁵ *Ivi*, par. 165.

⁸⁶ Ricorso n. 13762/04, *Établissements Biret et Cie SA et Biret International c. 15 États membres de l'Union européenne*. Con la decisione del 9 dicembre 2008, quinta sezione, la Corte europea ha respinto il ricorso secondo la motivazione indicata nel testo (*n.d.r.*).

** Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea / Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

RECIPROCO RICONOSCIMENTO DELLE PATENTI DI GUIDA AI SENSI DELLA DIRETTIVA N. 91/439/CEE

Corte di giustizia

Sentenza del 26 giugno 2008 in cause riunite n. C-329/06 e n. C-343/06

Arthur Wiedemann (C-329/06) c. Land Baden-Württemberg e Peter Funk (C-343/06) c. Stadt Chemnitz

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 91/439/Cee - Reciproco riconoscimento delle patenti di guida - Revoca della patente in uno Stato membro per consumo di stupefacenti o di alcol - Nuova patente rilasciata in un altro Stato membro - Rifiuto di riconoscere il diritto di guidare nel primo Stato membro - Residenza non conforme alla direttiva n. 91/439/Cee - Sicurezza stradale - Art. 8, nn. 2 e 4, direttiva n. 91/439/Cee.

Gli artt. 1, n. 2, 7, n. 1, e 8, nn. 2 e 4, della direttiva del Consiglio del 29 luglio 1991, 91/439/Cee, concernente la patente di guida, come modificata dal regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 settembre 2003, n. 1882, devono essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro, in circostanze come quelle delle cause principali, neghi il riconoscimento, nel suo territorio, del diritto di guidare risultante da una patente di guida rilasciata successivamente da un altro Stato membro al di fuori di un qualsiasi periodo di divieto di chiedere una nuova patente imposto alla persona interessata e, pertanto, della validità di tale patente finché il titolare della medesima non ha soddisfatto i requisiti posti in questo primo Stato membro per il rilascio di una nuova patente in seguito alla revoca di una patente precedente, incluso l'esame di idoneità alla guida attestante che i motivi che avevano giustificato la detta revoca non esistono più.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

Nelle stesse circostanze, tali disposizioni non ostano a che uno Stato membro neghi il riconoscimento, nel suo territorio, del diritto di guidare risultante da una patente di guida rilasciata successivamente da un altro Stato membro ove sia dimostrato, in base alle annotazioni figuranti sulla medesima o ad altre informazioni incontestabili provenienti dallo Stato membro del rilascio, che, quando la detta patente è stata rilasciata, il suo titolare, che è stato oggetto nel territorio del primo Stato membro di un provvedimento di revoca di una patente precedente, non aveva la sua residenza normale nel territorio dello Stato membro del rilascio¹.

Gli artt. 1, n. 2, e 8, nn. 2 e 4, della direttiva n. 91/439/Cee, come modificata dal regolamento Ce n. 1882/2003, ostano a che uno Stato membro, che, conformemente a questa direttiva, è tenuto a riconoscere il diritto di guidare risultante da una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro, sospenda provvisoriamente tale diritto quando quest'ultimo Stato membro verifica le modalità di rilascio di tale patente. Invece, nel medesimo contesto, le dette disposizioni non ostano a che uno Stato membro decida la sospensione del detto diritto ove risulti dalle annotazioni sulla detta patente o da altre informazioni incontestabili provenienti da quest'altro Stato membro che il requisito di residenza imposto dall'art. 7, n. 1, lett. b., della detta direttiva non era soddisfatto al momento del rilascio della patente medesima².

¹⁻² Con le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia è stato chiesto di stabilire se uno Stato membro potesse negare il riconoscimento della validità di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro, qualora il titolare di tale patente fosse stato oggetto, sul territorio del primo Stato membro, di un provvedimento di revoca corredato dall'obbligo di superare una visita medico-psichiatrica per l'ottenimento di una nuova patente di guida.

In particolare, nelle due controversie sottoposte alla Corte di giustizia si vedono contrapposti, da un lato, il signor Wiedemann al Land Baden-Württemberg (in causa n. C-329/06) e, dall'altro, il signor Funk alla Stadt Chemnitz (in causa n. C-343/06) per il rifiuto, da parte della Repubblica federale di Germania, di riconoscere la patente di guida che i ricorrenti avevano ottenuto nella Repubblica Ceca dopo la revoca amministrativa della loro patente di guida tedesca a causa, rispettivamente, di consumo di droghe e di alcolici.

La normativa comunitaria, oggetto di interpretazione da parte della Corte, ossia la direttiva n. 91/439/Cee, sulle patenti di guida (in *Guce* n. L 237 del 24 agosto 1991, p. 1) prescrive che le patenti di guida rilasciate dagli Stati membri siano riconosciute reciprocamente dagli stessi (art. 1, par. 2). Gli Stati membri possono subordinare il rilascio della patente di guida: «al superamento di una prova di verifica delle capacità e dei comportamenti e di una prova di controllo delle cognizioni, nonché al soddisfacimento di norme mediche, (...)», nonché «alla residenza normale o alla prova della qualifica di studente per un periodo di almeno sei mesi nel territorio dello Stato membro che rilascia la patente di guida».

La normativa tedesca relativa al riconoscimento delle patenti di guida rilasciate da altri Stati membri prevede che il diritto di fare uso nel territorio nazionale di una patente di guida successivamente all'adozione di un provvedimento di revoca, viene concesso, su domanda dell'interessato, solamente nell'ipotesi in cui i motivi della revoca o del divieto temporaneo siano stati rimossi definitivamente. In particolare, sull'idoneità in caso di problemi di alcol o di stupefacenti, la normativa prevede che l'interessato che voglia rinnovare la patente di guida debba presentare una perizia medico-psichiatrica al fine di poter documentare che le cause alla base della revoca siano venute meno. Si precisa che i ricorrenti non erano stati in grado di soddisfare quanto prescritto dalla normativa tedesca per il rinnovo della patente di guida.

I giudici nazionali, aditi dai ricorrenti delle cause principali che avevano impugnato la

decisione amministrativa di revoca della patente ceca in territorio tedesco, hanno ritenuto necessario rivolgersi alla Corte di giustizia.

Sono due gli aspetti sui quali la Corte si è soffermata.

In primis, sulla possibilità, per uno Stato membro, di rifiutare il riconoscimento della validità di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro, la Corte ha precisato come lo Stato ospitante non possa imporre nessuna formalità preliminare al riconoscimento di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro. Ciò è in linea con il principio del reciproco riconoscimento di cui alla direttiva n. 91/439/Cee (cfr. sentenze del 29 ottobre 1998 in causa n. C-230/97, *Awoyemi*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6781 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 648; del 10 luglio 2003 in causa n. C-246/00, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 7485 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 567 e del 29 aprile 2004 in causa n. C-476/01, *Kapper*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5205 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 542 nonché ordinanze del 6 aprile 2006 in causa n. C-227/05, *Halbritter*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 49* (pubblicazione sommaria) e del 28 settembre 2006 in causa n. C-340/05, *Kremer*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 98*, pubblicazione sommaria).

Tuttavia, le disposizioni degli artt. 1, n. 2, e 8, n. 4, della direttiva n. 91/439/Cee consentono ad uno Stato membro di rifiutare, ad una persona che è stata oggetto, nel suo territorio, di un provvedimento di revoca della patente accompagnato da un divieto di chiedere una nuova patente per un periodo determinato, il riconoscimento di una nuova patente rilasciata da un altro Stato membro durante il periodo di divieto. La Corte di giustizia ha rilevato che, per motivi di sicurezza inerenti alla circolazione stradale, gli Stati membri hanno la facoltà di applicare le disposizioni nazionali in tema di restrizione, di sospensione, di revoca e di annullamento della patente di guida a qualsiasi soggetto avente la propria residenza normale nel territorio.

Pertanto, nell'ipotesi in cui sia possibile dimostrare che il requisito di residenza imposto all'art. 7, n. 1, lett. b., della direttiva n. 91/439/Cee non era soddisfatto al momento del rilascio di tale patente, lo Stato membro ospitante (Germania), nel cui territorio il titolare della patente è stato oggetto di un provvedimento di revoca di una patente di guida precedente, può rifiutarsi di riconoscere il diritto di guidare risultante dalla patente di guida rilasciata successivamente da un altro Stato membro (Repubblica Ceca), al di fuori di un qualsiasi periodo di divieto, di richiedere una nuova patente.

In secondo luogo, sulla possibilità di una sospensione provvisoria del diritto di guidare risultante da una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro, la Corte di giustizia ha ricordato che il possesso di una patente di guida rilasciata da uno Stato membro deve essere considerato da tutti gli altri Stati membri come prova che il titolare della patente soddisfaceva le condizioni previste dalla direttiva n. 91/439/Cee il giorno in cui la patente gli è stata rilasciata. Ne consegue che qualora venga fornita la prova della mancanza del requisito della residenza nel caso di specie, la Germania potrà rifiutarsi di riconoscere sul proprio territorio le patenti di guida rilasciate dalla Repubblica Ceca ai ricorrenti.

È CONTRARIA AL TRATTATO CE UNA NORMA NAZIONALE VOLTA A CONSENTIRE CHE UOMINI E DONNE DIPENDENTI PUBBLICI VADANO IN PENSIONE IN ETÀ DIVERSE

Corte di giustizia

Sentenza del 13 novembre 2008 in causa n. C-46/07

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Art. 141 CE - Politica sociale - Parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di

sexo femminile - Nozione di «retribuzione» - Regime pensionistico dei dipendenti pubblici - Regime pensionistico equiparato a regime professionale - Sussistenza.

Mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 CE¹.

L'argomento della Repubblica italiana secondo cui la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione di età diversa a seconda del sesso è giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne non può essere accolto. Anche se l'art. 141, n. 4, CE autorizza gli Stati membri a mantenere o a adottare misure che prevedano vantaggi specifici, diretti a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena uguaglianza tra uomini e donne nella vita professionale, non se ne può dedurre che questa disposizione consente la fissazione di una tale condizione di età diversa a seconda del sesso. Infatti, i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione debbono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo².

¹⁻² La Commissione delle Comunità europee ha avviato un ricorso per inadempimento ex art. 226 Ce nei confronti della Repubblica italiana fondandolo sul fatto che, mantenendo in vigore la legge del 23 ottobre 1992, n. 421 (*Guri* n. 257 del 31 ottobre 1992, *suppl. ord.*), in base alla quale i dipendenti pubblici hanno il diritto di percepire la pensione di vecchiaia ad un'età diversa a seconda che siano uomini o donne, l'Italia è venuta meno al principio della parità di retribuzione contenuto all'art. 141 CE.

Il regime pensionistico italiano è gestito dall'INPDAP, l'Istituto nazionale della previdenza per i dipendenti dell'amministrazione pubblica (dlgvo n. 479 del 30 giugno 1994) e il dlgvo n. 503 del 30 dicembre 1992, disciplina alcuni aspetti del regime pensionistico gestito dall'INPDAP. In particolare, secondo l'art. 5, i dipendenti pubblici hanno diritto alla pensione di vecchiaia nell'ambito del regime gestito dall'INPDAP alla stessa età prevista dal sistema pensionistico gestito dall'INPS, l'Istituto nazionale della previdenza sociale per le categorie generali di lavoratori. L'età normale per il pensionamento di vecchiaia nell'ambito di quest'ultimo sistema è di sessanta anni per le donne e di sessantacinque per gli uomini.

La Commissione, esaurita la fase precontenziosa del procedimento, non ritenendo sufficienti le motivazioni allegate dall'Italia al parere motivato, ha proposto ricorso ex art. 226 Ce.

La Corte di giustizia, al fine di giustificare l'inadempimento della Repubblica italiana, ha richiamato la propria giurisprudenza secondo la quale una pensione corrisposta da un datore di lavoro ad un ex dipendente per il rapporto di lavoro tra loro intercorso costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE (cfr., sull'argomento, le sentenze del 17 maggio 1990 in causa n. C-262/88, *Barber*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1889 e del 6 ottobre 1993 in causa n. C-109/91, *Ten Oever*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4879), e che le pensioni erogate dallo Stato agli ex dipendenti che hanno prestato servizio nel settore pubblico possono costituire una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE (cfr., relativamente ai servizi prestati nel settore pubblico, le 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 nonché del 12 settembre 2002 in causa n. C-351/00, *Niemi*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7007).

La Commissione ha richiamato i contenuti delle sentenze *Beune* e *Niemi*, sopra citate, al

fine di verificare se una pensione prevista dalla legge, che lo Stato corrisponde ad un ex dipendente, rientri nel campo di applicazione dell'art. 141 CE. A parere della Commissione, occorre che sussistano tre requisiti: *a.* la pensione deve interessare soltanto una categoria particolare di lavoratori; *b.* deve essere in funzione degli anni di servizio prestati; e *c.* il suo importo deve essere calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico. La Commissione ha documentato la sussistenza di tutti e tre i requisiti.

A parere della Corte, per valutare se una pensione di vecchiaia rientri nel campo di applicazione dell'art. 141 CE, è determinante il criterio dell'impiego, ossia la pensione deve essere corrisposta al lavoratore per il rapporto di lavoro che lo unisce al suo ex datore di lavoro.

Ne deriva che i dipendenti pubblici che beneficiano del regime pensionistico gestito dall'INPDAP costituiscono una categoria particolare di lavoratori per le caratteristiche peculiari che disciplinano il loro rapporto di lavoro con lo Stato, con altri enti o datori di lavoro pubblici.

Da ultimo, la Corte di giustizia ha verificato se siano soddisfatti gli altri due requisiti, sopra citati, di modo che la pensione versata in forza del regime pensionistico gestito dall'INPDAP possa essere considerata comparabile a quella che verserebbe un datore di lavoro privato ai suoi ex dipendenti.

La Corte, nel verificare se il metodo di calcolo utilizzato dall'Italia risponda ai due criteri accolti dalla propria giurisprudenza, ha osservato come la pensione di cui trattasi tiene conto della media delle retribuzioni percepite nell'ultimo decennio e dei corrispondenti contributi versati. Ne consegue che la pensione versata in forza del regime pensionistico costituisce una forma di retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE.

La Corte di giustizia ha concluso osservando che la fissazione di un requisito di età che varia secondo il sesso per la concessione di una pensione che costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE è in contrasto con questa disposizione (cfr. sentenze del 14 dicembre 1993 in causa n. C-110/91, *Moroni*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6591; del 28 settembre 1994 in causa n. C-408/92, *Aydel Systems*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4435).

Il regime pensionistico gestito dall'INPDAP che prevede una condizione di età diversa a seconda del sesso per la concessione della pensione costituisce un regime discriminatorio e, pertanto, contrario all'art. 141 CE.

Relativamente alle conseguenze di tale sentenza nell'ambito del regime pensionistico italiano, si osserva come a questo punto l'Italia si vede costretta ad uniformare l'età pensionabile degli uomini e delle donne al fine di evitare che la Commissione invocando l'art. 228 Ce chieda la condanna al pagamento di una somma forfetaria o di una penalità.

IL LAVORATORE NON PERDE IL DIRITTO ALLE FERIE ANNUALI RETRIBUITE DI CUI NON HA POTUTO USUFRUIRE PER MALATTIA

Corte di giustizia

Sentenza del 20 gennaio 2009 in cause riunite n. C-350/06 e n. C-520/06

Gerhard Schultz-Hoff (C-350/06) c. Deutsche Rentenversicherung Bund e Stringer e altri (C-520/06) c. Her Majesty's Revenue and Customs

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Condizioni di lavoro - Organizzazione dell'orario di lavoro - Direttiva n. 2003/88/Ce - Diritto alle ferie annuali retribuite - Congedo per malattia - Ferie annuali coincidenti con un congedo per malattia - Indennità sostitutiva di ferie annuali retribuite

non godute alla fine del contratto a causa di malattia - Diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario - Estinzione del diritto alle ferie dopo il decorso di un termine stabilito dalla legge.

L'art. 7, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003, n. 2003/88/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che non osta a disposizioni o a prassi nazionali le quali prevedano che un lavoratore in congedo per malattia non abbia diritto di fruire di ferie annuali retribuite durante detto congedo¹.

L'art. 7, n. 1, della direttiva n. 2003/88 deve essere interpretato nel senso che osta a disposizioni o a prassi nazionali le quali prevedano che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingua allo scadere del periodo di riferimento e/o di un periodo di riporto fissato dal diritto nazionale anche quando il lavoratore è stato in congedo per malattia per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e la sua inabilità al lavoro è perdurata fino al termine del rapporto di lavoro, ragione per la quale egli non ha potuto esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite².

¹⁻² Le questioni pregiudiziali hanno per oggetto l'interpretazione dell'art. 7, nn. 1 e 2, della direttiva n. 2003/88/Ce sull'organizzazione dell'orario di lavoro (in *Guce* n. L 299 del 18 novembre 2003, p. 9). Le controversie dalle quali è scaturita la sentenza, sopra massimata, hanno visto contrapposti, l'una il signor Gerhard Schulz-Hoff e il suo ex datore di lavoro, l'ente federale tedesco per le pensioni, (causa n. C-350/06) e, l'altra, alcuni dipendenti licenziati e il loro datore di lavoro, l'Amministrazione fiscale e doganale britannica (causa n. C-520/06), relativamente alla questione se un lavoratore in congedo per malattia abbia o meno il diritto di godere di ferie annuali retribuite nel corso di tale congedo e se un lavoratore in congedo per malattia per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e/o di un periodo di riporto abbia diritto ad un'indennità finanziaria sostitutiva per le ferie annuali retribuite non godute al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

I due giudici del rinvio, il Tribunale d'appello del lavoro di Düsseldorf e la House of Lords hanno sospeso il procedimento e si sono rivolti alla Corte di giustizia che ha ritenuto di risolvere le cause congiuntamente stante la loro connessione.

Sul diritto di fruire di ferie annuali retribuite durante un periodo di congedo per malattia, la Corte di giustizia ha precisato che il lavoratore deve poter beneficiare di un riposo concreto, per tutelare la sua sicurezza e la sua salute; l'art. 7, n. 2, della direttiva n. 2002/88/Ce, infatti, permette di sostituire il diritto alle ferie annuali retribuite con una compensazione finanziaria solamente nel caso in cui sia cessato il rapporto di lavoro.

L'art. 7, sopra citato, peraltro, non rientra tra le disposizioni alle quali quest'ultima consente di derogare (cfr. sentenze del 26 giugno 2001 in causa n. C-173/99, *BECTU*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4881 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 339; del 18 marzo 2004 in causa n. C-342/01, *Merino Gómez*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2605 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 291 nonché del 16 marzo 2006 in cause riunite n. C-131/04 e n. C-257/04, *Robinson-Steele e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2531 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 519).

Gli Stati membri possono definire, a livello nazionale, le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite, specificando le circostanze concrete in cui i lavoratori possono avvalersene. Ne consegue che la normativa nazionale che non consente al lavoratore in congedo per malattia di fruire per tale periodo delle ferie annuali retribuite non contrasta con il diritto comunitario.

Sul diritto alle ferie annuali retribuite, in caso di congedo per malattia protrattasi per l'in-

tera durata o per una parte del periodo di riferimento, allorché l'inabilità al lavoro perdura alla scadenza di detto periodo e/o di un periodo di riporto fissato dal diritto nazionale, la Corte ha precisato che il lavoratore che si trovi in congedo per malattia per l'intera durata del periodo di riferimento e oltre il periodo di riporto fissato dal diritto nazionale, non può perdere il diritto di fruire delle ferie annuali retribuite quale diritto sociale riconosciuto ad ogni lavoratore dall'art. 7 della direttiva.

Infine, la Corte si è pronunciata sul riconoscimento di un diritto, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, ad un'indennità finanziaria sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute durante il periodo di riferimento e/o durante un periodo di riporto a causa dell'inabilità al lavoro per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e/o del periodo di riporto. Sul punto, la Corte di giustizia ha osservato come l'indennità finanziaria alla quale ha diritto il lavoratore deve essere calcolata in modo da porre lo stesso in una situazione analoga a quella in cui si sarebbe trovato se avesse esercitato tale diritto nel corso del rapporto di lavoro. Pertanto, la retribuzione ordinaria del lavoratore, cioè quella che deve essere mantenuta durante il periodo di riposo corrispondente alle ferie annuali retribuite, è parimenti determinante ai fini del calcolo dell'indennità finanziaria sostitutiva delle ferie annuali non godute al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

LA CORTE DI GIUSTIZIA STABILISCE QUANDO TROVA APPLICAZIONE IL TERMINE DI PRESCRIZIONE PER LE IRREGOLARITÀ COMMESSE ANTERIORMENTE ALL'ENTRATA IN VIGORE DEL REGOLAMENTO N. 2988/95 SULLA TUTELA DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELLA COMUNITÀ

Corte di giustizia

Sentenza del 29 gennaio 2009 in cause riunite da n. C-278/07 a n. C-280/07

Hauptzollamt Hamburg-Jonas c. Josef Vosding Schlacht-, Kühl- und Zerle-
gebetrieb GmbH & Co. (C-278/07), Vion Trading GmbH (C-279/07), Ze Fu
Fleischhandel GmbH (C-280/07)

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce, Euratom) n.
2988/95 - Tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee - Art. 3
- Recupero di una restituzione all'esportazione - Determinazione del
termine di prescrizione - Irregolarità commesse prima dell'entrata in vi-
gore del regolamento n. 2988/95 - Norma sulla prescrizione rientrante nel
diritto civile generale di uno Stato membro - Applicabilità del regola-
mento n. 2988/95.**

*Il termine di prescrizione previsto all'art. 3, n. 1, primo comma, del re-
golamento (Ce, Euratom) del Consiglio del 18 dicembre 1995, n. 2988, rela-
tivo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, è applicabile alle
misure amministrative quali il recupero di una restituzione all'esportazione*

*indebitamente percepita dall'esportatore in ragione di irregolarità commesse da quest'ultimo*¹.

In situazioni come quelle di cui alle cause principali, il termine di prescrizione previsto all'art. 3, n. 1, primo comma, del regolamento n. 2988/95:

- si applica ad irregolarità commesse prima dell'entrata in vigore di tale regolamento;

*- comincia a decorrere dalla data della commissione dell'irregolarità in oggetto*².

*I termini di prescrizione più lunghi che ai sensi dell'art. 3, n. 3 del regolamento n. 2988/95 gli Stati membri mantengono la facoltà di applicare possono risultare da disposizioni di diritto comune precedenti la data di adozione di tale regolamento*³.

¹⁻³ Le domande di pronuncia pregiudiziale della Corte tributaria federale tedesca (Bundesfinanzhof) ha riguardato l'interpretazione del regolamento n. 2988/1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (in *Guce* n. L 312 del 23 dicembre 1995, p. 1) per quel che concerne le disposizioni che prevedono un termine di prescrizione per azioni giudiziarie volte al recupero di somme versate a titolo di restituzione all'esportazione, qualora l'obbligo di rimborsare tali somme derivi da un'accertata irregolarità.

Le controversie dalle quali è scaturita la sentenza, sopra massimata, hanno visto contrapposti, da un lato, l'Ufficio doganale centrale di Hamburg-Jonas e, dall'altro lato, le convenute società: Josef Vosding Schlacht-, Kühl- und Zerlegebetrieb GmbH & Co., la Vion Trading GmbH e la Ze Fu Fleischhandel GmbH in merito al rimborso di restituzioni all'esportazione.

Nell'anno 1993, le convenute hanno chiesto all'autorità competente di procedere allo sdoganamento di carne bovina in vista dell'esportazione di quest'ultima in Giordania beneficiando di anticipi sulle restituzioni all'esportazione. In seguito a controlli eseguiti nel corso dell'anno 1998, è emerso che le forniture in questione erano state effettuate verso l'Irak, nel contesto di procedure di transito o di riesportazione.

L'Ufficio doganale centrale, pertanto, ordinava alle tre società di rimborsare le somme concesse a titolo di restituzioni all'esportazione per il fatto che erano state indebitamente versate in base ad una domanda viziata da irregolarità.

Le società impugnavano le decisioni dell'Ufficio doganale dinanzi alla Sezione tributaria del tribunale di Amburgo che accoglieva i loro ricorsi, ritenendo che il termine di prescrizione previsto dall'art. 3, n. 1, del regolamento n. 2988/95 fosse decorso e che, di conseguenza, la richiesta di restituzione dell'Ufficio doganale si fosse prescritta. Quest'ultimo impugnava la decisione dinanzi alla Corte tributaria federale tedesca, che si rivolgeva alla Corte di giustizia.

Il giudice del rinvio ha inteso definire l'ambito materiale e sostanziale del termine di prescrizione previsto all'art. 3, n. 1, del regolamento n. 2988/95. In particolare, ha chiesto alla Corte di chiarire se tale disposizione possa essere applicata a situazioni precedenti all'entrata in vigore del regolamento, nonché a misure amministrative che non costituiscono più sanzioni. Esso ha domandato, altresì, precisazioni in merito all'interpretazione dell'art. 3, n. 3, del regolamento, relativo a determinate deroghe, previste dal diritto nazionale, al termine di prescrizione istituito dal regolamento.

L'art. 3, nn. 1 e 3, del regolamento n. 2988/95 prevede che: «1. Il termine di prescrizione delle azioni giudiziarie è di quattro anni a decorrere dall'esecuzione dell'irregolarità di cui all'art. 1, par. 1. Tuttavia, le normative settoriali possono prevedere un termine inferiore e comunque non inferiore a tre anni. Per le irregolarità permanenti o ripetute, il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui cessa l'irregolarità. (...) La prescrizione delle azioni giudiziarie è interrotta per effetto di qualsiasi atto dell'autorità competente, portato a conoscenza della persona interessata, che abbia natura istruttoria o che sia volto a perseguire l'irregolarità.

Il termine di prescrizione decorre nuovamente dal momento di ciascuna interruzione».

A parere della Corte di giustizia, l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 2988/95 si applica sia alle irregolarità che comportano l'imposizione di una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 5 del regolamento, sia a quelle oggetto di una misura amministrativa ai sensi dell'art. 4, misura che ha per oggetto la revoca del vantaggio indebitamente ottenuto senza tuttavia presentare il carattere di una sanzione (cfr., in tal senso, sentenza del 24 giugno 2004 in causa n. C-278/02, *Handlbauer*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 6171). Ne deriva, pertanto, che il termine di prescrizione trova applicazione ai fatti della causa principale.

Sull'applicabilità della prescrizione quadriennale prevista all'art. 3, n. 1, 1° comma, del regolamento n. 2988/95 ad irregolarità commesse prima dell'entrata in vigore del regolamento, la Corte di giustizia ha precisato che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento n. 2988/95, ogni vantaggio indebitamente percepito dal bilancio comunitario può essere recuperato dalle autorità competenti degli Stati membri entro un termine di quattro anni. La Corte ha precisato che nel caso di specie, all'irregolarità commessa nel corso dell'anno 1993 (sotto la vigenza di una norma tedesca che prevedeva una prescrizione trentennale), si applicava la prescrizione quadriennale ed essa si sarebbe, conseguentemente, prescritta nel corso dell'anno 1997, salva tuttavia la possibilità che permane in capo agli Stati membri, in forza dell'art. 3, n. 3, del regolamento n. 2988/95, di prevedere termini di prescrizione più lunghi.

Le autorità nazionali avevano reclamato il rimborso delle restituzioni all'esportazione nel corso dell'anno 1999. Il termine di prescrizione di quattro anni era, pertanto, decorso. La Corte, tuttavia, ha sottolineato come l'art. 3, n. 3, del regolamento preveda la facoltà per gli Stati membri di mantenere un termine di prescrizione più lungo rispetto a quello esistente alla data di entrata in vigore del regolamento nonché di introdurre, dopo tale data, nuove norme sulla prescrizione contenenti i termini stessi. Il regolamento n. 2988/95 non contiene nessuna disposizione che specifichi le modalità di informazione nonché di notifica della facoltà di cui sopra. In proposito, e così ha concluso la Corte, non essendo presente a livello comunitario alcuna forma di verifica riferita sia ai termini di prescrizione derogatori applicati dagli Stati membri, sia ai settori in cui essi hanno deciso di applicare i termini di cui sopra, gli Stati non sono conseguentemente tenuti a disciplinare i termini stessi in normative *ad hoc*.

LA CORTE DI GIUSTIZIA CHIARISCE QUANDO UN DIPLOMA CONSENTE DI ACCEDERE AD UNA PROFESSIONE REGOLAMENTATA IN UNO STATO MEMBRO

Corte di giustizia

Sentenza del 29 gennaio 2009 in causa n. C-311/06

Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della giustizia, Marco Cavallera

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Riconoscimento dei diplomi - Direttiva n. 89/48/Cee - Diploma conseguito in Italia - Omologazione di un titolo di studio ottenuta in Spagna - Ingegnere - Lavoratori - Iscrizione all'ordine professionale di uno Stato membro diverso da quello in cui il diploma è stato omologato - Nozione di diploma - Esclusione dall'ambito

di applicazione della direttiva n. 89/48/Cee.

Le disposizioni 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, non possono essere invocate, al fine di accedere ad una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante, da parte del titolare di un titolo rilasciato da un'autorità di un altro Stato membro che non sanzioni alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione di tale Stato membro e non si fondi né su di un esame né su di un'esperienza professionale acquisita in detto Stato membro¹.

¹ Il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di interpretare la direttiva n. 89/48/Cee (in *Guce* n. L 19 del 24 gennaio 1989, p. 16) per chiarire se sia ammissibile che un cittadino comunitario, che ha seguito la totalità della propria formazione accademica nel Paese di origine, l'Italia, e che, mediante l'omologazione del proprio titolo italiano in Spagna, ha ottenuto un diploma che gli consente di accedere alla professione di ingegnere meccanico in tale Paese, possa beneficiare del riconoscimento reciproco del diploma spagnolo in Italia per esercitare tale professione in Spagna anche se nel Paese d'origine (Italia) non ha né seguito una formazione accademica, né acquisito un'esperienza professionale.

La direttiva n. 89/48/Cee è stata recepita nel nostro ordinamento con il dlgs n. 115/1992 ed è stata abrogata dalla direttiva n. 2005/36/Ce sul riconoscimento delle qualifiche professionali (in *Gu-UE* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 22).

La domanda dalla quale è scaturita la sentenza, sopra massimata, è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il Consiglio Nazionale degli Ingegneri e, dall'altro lato, il Ministero della giustizia in merito al riconoscimento che quest'ultimo ha accordato al signor Cavallera, cittadino italiano, di un titolo spagnolo di ingegnere, ottenuto attraverso l'omologazione di un diploma italiano, ai fini della propria iscrizione all'albo degli ingegneri in Italia.

Il signor Cavallera, cittadino italiano, conseguiva un titolo di studi di ingegnere meccanico rilasciato nel 1999 dall'Università di Torino in esito ad una formazione della durata di tre anni. Il ricorrente chiedeva in Spagna l'omologazione del proprio titolo di studio per essere così abilitato ad esercitare in Spagna la professione e si iscriveva all'albo di uno dei «colegios de ingenieros técnicos industriales» di Catalogna. Egli non sosteneva l'esame di Stato previsto dalla normativa italiana per ottenere l'abilitazione all'esercizio della professione di ingegnere. Tuttavia, chiedeva in Italia, al Ministero della giustizia, il riconoscimento del titolo spagnolo in applicazione del dlgs n. 115/1992, ai fini dell'iscrizione all'albo degli ingegneri.

Il Ministero della giustizia ha riconosciuto la validità del titolo spagnolo di ingegnere ai fini della sua iscrizione all'albo degli ingegneri e il Consiglio Nazionale degli Ingegneri ha impugnato il decreto di riconoscimento dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sostenendo che, ai sensi della direttiva n. 89/48/Cee e della normativa nazionale di recepimento, le autorità italiane non potevano riconoscere il titolo spagnolo di cui si discute, in quanto così facendo, si esonerava il signor Cavallera dall'esame di Stato previsto dalla normativa italiana.

Il Tar del Lazio ha respinto il ricorso presentato dal Consiglio Nazionale degli Ingegneri, e quest'ultimo ha, quindi, impugnato tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato il quale ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

I giudici comunitari nella sentenza hanno chiarito, in maniera esauriente, le differenti modalità di riconoscimento delle qualifiche professionali, sia in Italia sia in Spagna.

Il Consiglio di Stato ha chiesto sostanzialmente se il titolare di un diploma rilasciato da un'autorità di un altro Stato membro che non attesti alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione di tale Stato membro (e non preveda, al riguardo, esami o esperienze professionali acquisite nello Stato) possa invocare le disposizioni della direttiva n. 89/48/Cee per

accedere ad una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante.

La Corte di giustizia ha precisato, *in primis*, se nel caso di specie poteva trovare applicazione la direttiva n. 89/48/Cee. Al riguardo, ha osservato come l'ingegnere soddisfacesse i requisiti di cui all'art. 1, lett. a., primo, secondo e terzo trattino della direttiva n. 89/48/Cee, ossia il titolo era stato rilasciato da un'autorità competente, il signor Cavallera aveva seguito presso l'Università di Torino un ciclo di studi post-secondari di una durata minima di tre anni ed era in possesso delle qualifiche professionali richieste per accedere ad una professione regolamentata in Spagna. L'ingegnere risultava, infatti, iscritto all'albo dell'ordine professionale competente in Spagna.

La Corte ha chiarito, inoltre, se i titoli in possesso del signor Cavallera potevano essere considerati un diploma ai sensi della direttiva n. 89/48/Cee. Sul punto, ha osservato come dal primo, terzo e quinto *considerando* della direttiva risulti che un titolo che sancisca formazioni professionali non possa essere equiparato ad un «diploma» ai sensi della stessa direttiva senza l'acquisizione, totale o parziale, delle qualifiche nell'ambito del sistema di istruzione dello Stato membro che ha rilasciato il titolo in questione (cfr. sentenze del 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663 e in questa *Rivista*, 1995, p. 87 con commento di E. ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, p. 91 e del 9 settembre 2003 in causa n. C-285/01, *Burbaud*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8219).

La Corte ha precisato, altresì, come l'applicazione della direttiva n. 89/48/Cee al caso in questione sarebbe contraria allo spirito della stessa che è quello di permettere agli Stati membri di stabilire il livello minimo di qualifica necessario allo scopo di garantire la qualità delle prestazioni fornite sul loro territorio. Si consentirebbe, infatti, al signor Cavallera, in possesso di un titolo conseguito in Italia e di un'omologazione conseguita in Spagna (che tuttavia non attesta una qualifica supplementare) di esercitare in Italia la professione di ingegnere meccanico, aggirando così le regole del diritto comunitario di accesso ad una professione regolamentata.

La Corte di giustizia ha, pertanto, concluso che l'espressione «diploma» contenuta nella direttiva n. 89/48/Cee non include il titolo rilasciato da uno Stato membro che non attesti alcuna formazione prevista dal sistema di istruzione di tale Stato membro e non si fondi né su di un esame né su di un'esperienza professionale acquisita in tale Stato membro.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA NUOVAMENTE SULLE DISPARITÀ DI TRATTAMENTO FONDATE SULL'ETÀ INDIVIDUANDO LE IPOTESI DI LICENZIAMENTO DEI LAVORATORI PER COLLOCAMENTO A RIPOSO

Corte di giustizia

Sentenza del 5 marzo 2009 in causa n. C-388/07

The Queen (su richiesta di) The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Discriminazione fondata sull'età - Licenziamento per collocamento a riposo - Pensionamento obbligatorio - Normativa nazionale che permette ai da-

tori di lavoro di licenziare i dipendenti che abbiano raggiunto o superato i 65 anni di età qualora la causa sia il pensionamento - Legittimità della trasposizione della direttiva - Giustificazione.

Una normativa nazionale come quella sancita dagli artt. 3, 7, nn. 4 e 5, nonché 30 del regolamento del 2006 relativo all'uguaglianza nel settore del lavoro (età) [Employment Equality (Age) Regulations 2006] rientra nell'ambito 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.

L'art. 6, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce deve essere interpretato nel senso che non osta ad un provvedimento nazionale che, come l'art. 3 del regolamento di cui alla causa principale, non contenga un elenco puntuale delle finalità che giustificano un'eventuale deroga al principio del divieto delle discriminazioni fondate sull'età. Tuttavia, il suddetto art. 6, n. 1, consente di derogare a tale principio unicamente in relazione ai soli provvedimenti giustificati da finalità legittime di politica sociale, come quelle connesse alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale. Spetta al giudice nazionale verificare se la normativa in esame nella causa principale risponda ad una simile finalità legittima e se l'autorità legislativa o regolamentare nazionale potesse legittimamente ritenere, tenuto conto del margine di valutazione discrezionale di cui gli Stati membri dispongono in materia di politica sociale, che i mezzi prescelti fossero appropriati e necessari alla realizzazione di tale finalità².

L'art. 6, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce offre la possibilità agli Stati membri di prevedere, nell'ambito del diritto nazionale, talune forme di disparità di trattamento fondate sull'età qualora siano «oggettivamente e ragionevolmente» giustificate da una finalità legittima, quale la politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale, e purché i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. Esso impone agli Stati membri l'onere di dimostrare il carattere legittimo della finalità invocata quale giustificazione in funzione dell'osservanza di un'elevata soglia probatoria. Non deve attribuirsi un significato particolare al fatto che il termine «ragionevolmente», impiegato all'art. 6, n. 1, della suddetta direttiva, non compaia nell'art. 2, n. 2, lett. b., della stessa³.

¹⁻³ La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente in materia di discriminazione fondata sull'età (cfr. sentenze del 22 novembre 2005 in causa n. C-144/04, *Mangold*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9981; dell'11 settembre 2007 in causa n. C-227/04 P, *Lindorfer*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6767; del 16 ottobre 2007 in causa n. C-411/05, *Palacios de la Villa*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8531 e massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 756 nonché del 23 settembre 2008 in causa n. C-427/06, *Bartsch*, inedita in *Raccolta*) richiamando gli Stati a trasporre correttamente il contenuto 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 questione è sorta nell'ambito di un procedimento proposto dalla The Incorporated

Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England), l'ente assistenziale per la promozione del benessere degli anziani, contro il Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, il Segretario di Stato agli Affari economici, alle Imprese e alla Riforma della regolamentazione nell'ambito del quale l'Age Concern England eccepisce l'illegittimità del regolamento del 2006 relativo all'uguaglianza nel settore del lavoro che ha trasposto nell'ordinamento inglese la direttiva n. 2000/78/Ce.

La legge britannica che ha recepito la direttiva n. 2000/78/Ce prevede che i lavoratori che abbiano raggiunto l'età pensionabile stabilita dal datore di lavoro o i sessantacinque anni possano essere licenziati senza che tale comportamento possa essere dichiarato discriminatorio. La questione se il pensionamento sia la causa del licenziamento dipende, da un lato, dall'applicazione di alcuni criteri indicati nella stessa legge, e dall'altro dal rispetto di una particolare procedura che consiste nel concedere al proprio dipendente un preavviso di durata compresa tra i sei mesi e un anno rispetto alla data prevista per il licenziamento. Durante tale periodo il dipendente può chiedere di non essere licenziato per pensionamento e la domanda deve essere esaminata dal datore di lavoro, senza, tuttavia, che questi sia obbligato a darle accogliimento.

A parere della ricorrente la normativa, sopra citata, contemplando un'eccezione al principio di non discriminazione quando la causa di licenziamento di un lavoratore dipendente che abbia raggiunto o superato i sessantacinque anni di età è il pensionamento, contrasta con l'art. 6, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce e con il principio di proporzionalità.

La High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court), il Tribunale amministrativo di secondo grado d'Inghilterra e del Galles, adita dall'Age Concern England, ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva n. 2000/78/Ce per chiarire sostanzialmente se la direttiva contrasti con una normativa nazionale diretta ad attuare le disposizioni della direttiva medesima concernenti la discriminazione fondata sull'età, che permette ai datori di lavoro, a determinate condizioni, di disporre il pensionamento obbligatorio dei lavoratori che abbiano raggiunto o superato i sessantacinque anni di età.

In particolare, la Corte è stata chiamata a chiarire se tale normativa imponga agli Stati membri di specificare le tipologie di disparità di trattamento basate sull'età che possono derogare al principio di non discriminazione e se la normativa nazionale in base alla quale una disparità di trattamento fondata sull'età non debba essere considerata una discriminazione qualora venga dimostrato che si tratta di un «mezzo proporzionato per il conseguimento di una finalità legittima» contrasti con la direttiva Ce.

La Corte ha osservato come la trasposizione in diritto interno di una direttiva non richieda sempre la formale riproduzione delle disposizioni della stessa in una norma legislativa espressa e specifica. Peraltro, l'attuazione di una direttiva può, in base al contenuto della stessa, essere effettuata in uno Stato membro mediante principi generali o tramite un contesto giuridico generale, qualora essi siano idonei ad assicurare effettivamente la piena applicazione della direttiva stessa (cfr., in tal senso, rispettivamente, sentenze del 23 maggio 1985 in causa n. 29/84, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1985, p. 1661 e del 9 aprile 1987 in causa n. 363/85, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1987, p. 1733). Ne consegue, secondo la Corte, che gli Stati membri, in occasione della trasposizione di una direttiva, non sono obbligati a definire un elenco specifico di disparità di trattamento che possono essere giustificate da una finalità legittima. Mancando tale precisazione, la Corte di giustizia ha osservato come dal tenore letterale dell'art. 6 della direttiva in questione si evincano chiaramente le finalità che possono giustificare una deroga al principio del divieto delle discriminazioni fondate sull'età. Trattasi di obiettivi di politica sociale, come quelli connessi alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale.

Tuttavia, e così conclude la Corte di giustizia, al giudice nazionale è demandato il compito di valutare i fatti della controversia, nonché interpretare la normativa nazionale applicabile, determinare se e in che misura una disposizione che consente ai datori di lavoro di licenziare i lavoratori che hanno raggiunto l'età del pensionamento sia giustificata da finalità «legittime» ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

UNA DIRETTIVA COMUNITARIA NON RECEPITA NON PUÒ PREGIUDICARE LE POSIZIONI GIURIDICHE DEI SINGOLI

Commissione tributaria regionale di Milano, sez. 14
Sentenza del 9 ottobre 2008-27 gennaio 2009 n. 5/14/09*

Urai Spa c. Agenzia Dogane UTF di Milano

Ricorso in appello - Efficacia giuridica di una direttiva comunitaria non recepita nell'ordinamento interno di uno Stato membro - Effetti pregiudizievoli per i singoli - Principio della diretta applicabilità nel diritto comunitario - Efficacia diretta verticale e orizzontale - Inidoneità delle disposizioni non recepite della direttiva n. 2003/96/Ce a dispiegare effetti giuridici nei confronti dei singoli - Inidoneità di una direttiva comunitaria non trasposta ad incidere negativamente sulla posizione giuridica di un singolo - Accoglimento del ricorso.

La direttiva comunitaria [n. 2003/96/Ce che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità¹], proprio per la sua valenza di applicazione generalizzata, è da rendere armonicamente compatibile con la legislazione vigente nei singoli Stati membri e necessita di atti di recepimento interno.

* In argomento v. *infra*, p. 101 ss., il commento di ENRICA ADOBATI.

¹ In *Guce* n. L 283 del 31 ottobre 2003, p. 51 ss.

(*Omissis*) **In diritto**

L'Agenzia delle Dogane di Milano notificava a URAI avviso di pagamento n. 2005/A/8118 del 5 ottobre 2005 per un importo di euro 8.621,36.

Avverso il sopraindicato avviso la URAI SpA, nella persona del legale rappresentante pro-tempore dott. Roberto Giuliani, rappresentato e difeso dall'avv. Prof. Fausto Capelli e dall'avv. Massimiliano Valcada, propone ricorso alla C.T.P. di Milano.

I giudici di *prime cure* con sentenza n. 189/07, pronunciata in data 30 maggio 2007 e depositata il 18 giugno 2007, hanno respinto il ricorso, compensando le spese.

Avverso tale decisione la URAI SpA nella persona del legale rappresentante pro-tempore dott. Roberto Giuliani, rappresentata e difesa dall'avv. Prof. Fausto Capelli e dall'avv. Massimiliano Valcada, propone appello.

La ricorrente sostiene che la controversia si fonda unicamente sull'applicazione e sulla corretta interpretazione di norme comunitarie e sugli effetti che tali norme possono correttamente e legittimamente esplicare nei confronti dei singoli (individui ed imprese) negli ordinamenti nazionali dei diversi Stati membri.

La ricorrente fa presente che occorre stabilire se la Pubblica Autorità possa applicare una direttiva comunitaria non recepita nell'ordinamento nazionale, modificando (in negativo) le posizioni giuridiche soggettive dei singoli, oppure no.

La risposta della ricorrente è negativa.

Il contribuente, dopo avere illustrato il quadro giuridico per la parte normativa e per quella relativa alla giurisprudenza ed in particolare al significato dell'art. 62 del dlgs n. 504/95, ritiene che la C.T. abbia completamente ignorato gli argomenti giuridici portati nel processo dalla difesa della URAI, argomenti volti a dimostrare che, in assenza di una norma nazionale di recepimento della direttiva n. 2003/96/Ce, la Pubblica Autorità non poteva legittimamente imporre alla URAI il pagamento di alcune accise. Tale argomento che è l'unico sul quale occorre basarsi per risolvere la fattispecie oggetto del processo non è stato minimamente preso in considerazione dalla C.T.

La ricorrente sostiene, inoltre, che lo Stato italiano aveva l'obbligo giuridico di attuare all'interno del proprio ordinamento, pur in presenza dell'art. 62 del Testo Unico delle Accise, la direttiva n. 2003/96/Ce e che lo Stato italiano, condannato per inadempimento per non aver trasposto nel proprio ordinamento la direttiva citata, vi ha provveduto successivamente adottando il dlgs 2 febbraio 2007 n. 24.

La ricorrente, infine, fa chiarezza sui concetti di diretta applicabilità e diretta efficacia e, dopo avere ampiamente illustrato sulla inidoneità delle disposizioni non recepite dalla direttiva n. 2003/96/Ce ad esplicitare qualsivoglia effetto giuridico nei confronti dei singoli e circa l'idoneità di una direttiva comunitaria non trasportata [*rectius*: trasposta *n.d.r.*] ad incidere negativamente sulla posizione giuridica soggettiva di un singolo, evidenzia la mancata pronuncia relativa al diritto dell'Agenzia delle Dogane di sanzionare il comportamento dell'URAI.

La ricorrente chiede: in via preliminare di sospendere la sentenza n. 189/07 della C.T.P. di Milano pronunciata il 30 maggio 2007;

in via pregiudiziale di sospendere il processo in corso e rinviare gli atti dello stesso, ex art. 234 TCE alla Corte di giustizia delle Comunità europee al fine di far risolvere i seguenti quesiti interpretativi:

1. se la direttiva comunitaria n. 2003/96/Ce che doveva essere recepita dai Paesi

membri entro e non oltre il 31 dicembre 2003, che è stata, invece, recepita in Italia nel 2007 con il dlgs n. 26/2007 solo dopo la sentenza della Corte di giustizia, in causa n. C-360/05, emessa in data 5 ottobre 2006, che ha accertato l'inadempimento della Repubblica italiana, possa dispiegare un'efficacia giuridica diretta nei confronti di singolo operatore economico stabilito in Italia, obbligandolo al pagamento di un'accisa durante il periodo in cui non esisteva alcun provvedimento di recepimento della predetta direttiva, in virtù di una norma italiana (art. 62 del dlgs n. 504/1995) che la Corte di giustizia, con sentenza del 25 settembre 2003 emessa in causa n. 437/2001, aveva dichiarato incompatibile con l'art. 3.2 della direttiva del Consiglio n. 92/12 e con l'art. 8 n. 1 lett. a. della direttiva n. 92/81 provocandone l'abrogazione da parte dello Stato italiano mediante l'art. 6 della legge 27 febbraio 2002, n. 16.

2. se la sentenza della Corte di giustizia del 25 settembre 2003 emessa in causa n. 437/2001, abbia imposto allo Stato italiano non solo il divieto di applicare l'accisa prevista dal citato art. 62 del dlgs n. 504/1995 di cui al quesito n. 1., anche dopo il 1° gennaio 2004, ma gli abbia imposto altresì l'obbligo di sopprimere, in modo definitivo, il citato art. 62 dlgs n. 504/1995, eliminandolo dall'ordinamento giuridico italiano anche per il futuro.

3. Se a fronte della mancata attuazione, entro il termine di scadenza del 31 dicembre 2003, della direttiva n. 2003/96/Ce, anche in considerazione della citata sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2006, causa n. C-360/05 di cui al quesito n. 1., lo Stato italiano sia legittimato a sanzionare, sotto il profitto [*rectius*: profilo *n.d.r.*] penale ed amministrativo, un operatore economico perché non ha provveduto a pagare un'accisa fondata sulla direttiva comunitaria n. 2003/96/Ce, durante il periodo in cui la direttiva medesima non era stata ancora attuata nell'ordinamento italiano e precisamente al momento della constatazione dei fatti che hanno dato origine alla presente controversia, vale a dire tra il 1° gennaio 2004 ed il 31 marzo 2004.

Nel merito: accogliere il presente appello e, in riforma della sentenza della C.T.P. di Milano n. 189/07, accogliere il ricorso presentato in primo grado e, di conseguenza, annullare l'avviso di pagamento prot. n. 2005/A/8118 del 5 ottobre 2005 dell'Agenzia delle Dogane in quanto infondato e/o comunque illegittimo ed in ogni caso accertare e dichiarare che l'URAI non deve corrispondere alla Circoscrizione Doganale di Milano alcuna somma a titolo di accisa, interessi, indennità di mora, nonché sanzioni per la commercializzazione dei prodotti, nell'arco temporale sottoposto a verifica da parte della stessa Agenzia delle Dogane.

Con riserva di produrre ulteriori documenti e dedurre altri mezzi istruttori ove necessari per effetto delle controdeduzioni avversarie.

Con vittoria di spese, diritti oltre IVA e C.P.A. oltre 10% ex art. 15 t.p. IVA e C.P.A. come per legge.

Si è costituita l'Agenzia delle Dogane la quale osserva che la ricorrente era a conoscenza del verbale di constatazione in quanto era negli allegati al ricorso di primo grado.

L'Agenzia richiama l'art. 61 del dlgs n. 504/95 e, dalla lettura delle norme, appare evidente, considerate le violazioni rilevate nel p.v. di constatazione, come la società abbia omesso il rispetto di tali disposizioni.

Per quanto riguarda l'eccezione sollevata dall'appellante, l'Agenzia ritiene opportuno effettuare qualche specifica di natura tecnico fiscale in materia di imposizio-

ni sugli oli lubrificanti richiamando, tra l'altro, la direttiva del Consiglio n. 2003/96/Ce che ha disposto, inoltre, l'abrogazione delle direttive n. 92/81/Ce e n. 92/82/Ce che stabilivano il divieto di sottoporre a qualsiasi imposizione fiscale gli oli minerali destinati a finalità diverse dalla combustione e ha, quindi, comportato la soppressione di tale divieto e, conseguentemente, la reviviscenza dell'art. 62 T.U.A.

Per quanto riguarda la presunta incompatibilità con l'ordinamento comunitario dell'art. 62 del dlgo n. 504/95 l'Ufficio ritiene che con direttiva n. 2003/96/Ce si è verificata la neutralizzazione, a partire dalla data di applicazione delle disposizioni della stessa (1° gennaio 2004), degli effetti derivanti dalla sentenza della Corte di giustizia 25 settembre 2003 che sanciva, in applicazione dell'art. 3, n. 2 della direttiva del Consiglio n. 92/81/Ce, l'obbligo per gli Stati membri di non assoggettare ad alcuna imposta gli oli lubrificanti destinati ad usi diversi dalla carburazione e dalla combustione, per cui ora risulta chiaramente compatibile con le disposizioni comunitarie mantenere in vigore l'imposta di consumo sugli oli lubrificanti prevista dall'art. 62 del dlgo n. 504/95.

Conseguentemente l'art. 62 del dlgo n. 504/95 ha riacquisito la piena efficacia ed applicabilità nell'ordinamento interno.

In merito alla mancata pronuncia relativa al diritto dell'Agenzia delle Dogane di sanzionare il comportamento dell'URAI l'Ufficio sostiene che oggetto della controversia è solo e unicamente l'avviso di pagamento, pertanto, la Commissione ha correttamente respinto la domanda di controparte in ordine al provvedimento sanzionatorio e non avrebbe potuto fare diversamente.

L'Ufficio, inoltre, ritiene inammissibile la richiesta di sospensione della sentenza impugnata sottolineando l'inesistenza del *fumus boni iuris* atteso l'esito del giudizio di primo grado e la fondatezza della sentenza impugnata che, dichiarando la legittimità dell'avviso di pagamento impugnato, ha confermato la commissione della violazione accertata dall'Ufficio e non negata dalla controparte. Ne consegue che la richiesta di sospensione cautelare appare pretestuosa e chiaramente dilatoria.

Per quanto riguarda il *periculum in mora* la ricorrente non ha prodotto alcuna documentazione attestante di fatto il rischio che, nelle more del giudizio, si verifichi un danno grave ed irreparabile per essa.

L'Agenzia chiede in via preliminare: di respingere la preliminare richiesta attorea della sentenza in quanto infondata in fatto e diritto per tutti i motivi esposti;

di respingere la richiesta in via pregiudiziale di sospensione del processo e rinvio degli atti alla Corte di giustizia, in quanto infondata per quanto sopra esposto;

Nel merito:

di respingere l'appello in quanto infondato in fatto ed in diritto per quanto esposto in narrativa e per l'effetto confermare la sentenza impugnata *in toto* ed in ogni sua parte;

di respingere l'eccezione relativa alla mancata pronuncia in ordine al diritto dell'Agenzia delle Dogane di sanzionare la società in quanto illegittima e carente dei presupposti di cui all'art. 18 e segg. del dlgo n. 546/92, non essendo oggetto del presente contenzioso;

In subordine nel merito:

di confermare la sentenza impugnata e per l'effetto la legittimità dell'avviso di pagamento emesso;

di condannare la ricorrente alla rifusione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

La ricorrente, tramite l'avv. Prof. Fausto Capelli e avv. Massimiliano Valcada, deposita in data 26 settembre 2008 memoria con la quale controdeduce a quanto indicato dalla controparte nella comparsa di costituzione.

Il quesito da risolvere è quello di sapere se lo Stato italiano può imporre ai singoli, in assenza di qualsivoglia provvedimento di attuazione della direttiva n. 2003/96/Ce, il pagamento delle accise sui prodotti *de quibus* soltanto in virtù dell'abrogazione, nell'ordinamento giuridico comunitario, della direttiva n. 92/81/Cee da parte della direttiva n. 2003/96/Ce.

La risposta che dà il contribuente è negativa.

Infatti, dopo avere spiegato gli effetti che ha prodotto la sentenza n. C-437/01 della Corte di giustizia chiarisce [che *n.d.r.*] la citata sentenza non ha mai affermato che la direttiva n. 92/81/Ce era direttamente applicabile, nel senso di trovare applicazione all'interno dello Stato senza che fosse stata trasposta nell'ordinamento interno mediante un atto nazionale di recepimento, ma più semplicemente ha constatato l'inadempimento dello Stato italiano agli obblighi ad esso imposti dalla medesima direttiva.

La ricorrente sostiene che vi sia un rilevatissimo errore contenuto nella sentenza di primo grado che consiste nell'affermazione che la direttiva n. 2003/96/Ce è un atto giuridico direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale.

La ricorrente è dell'avviso che una disposizione contenuta in una direttiva comunitaria che non possiede i requisiti previsti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per essere considerata una norma dotata di diretta efficacia non può produrre alcun effetto giuridico nell'ordinamento interno degli Stati membri appartenenti alla Comunità europea.

Circa la possibilità che una direttiva comunitaria non attuata nell'ordinamento giuridico interno possa produrre effetti pregiudizievoli per i singoli, la ricorrente sostiene che questa tesi sia chiaramente infondata come risulta dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia che afferma, in maniera chiara e univoca, che una direttiva non attuata non può produrre alcun effetto giuridico pregiudizievole nei confronti del singolo. Lo Stato membro non può mai giovare del proprio inadempimento per trarre conseguenze ad esso favorevoli a scapito delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli.

La ricorrente osserva che nell'avviso di pagamento si può leggere che: «(...) con separato atto di contestazione verranno sanzionati gli illeciti amministrativi a carico del soggetto responsabile (...)».

Ciò significa che l'A. delle Dogane ha deciso di sanzionare l'URAI e che quantificherà tale sanzione in un momento successivo. La decisione di irrogare la sanzione è già stata presa; ciò che attualmente difetta è l'ammontare della stessa.

La ricorrente rinnova la richiesta che la Commissiona adita giudichi anche questo punto della controversia.

Da ultimo la contribuente ritiene, se esiste ancora qualche dubbio interpretativo in merito alla reale portata delle regole e delle norme di diritto comunitario invocate dall'URAI, di rinnovare la richiesta di sospendere l'odierno processo e di trasmettere gli atti ex art. 234 TCE alla Corte di giustizia affinché risponda ai quesiti interpretativi che questa difesa si è permessa di proporre.

Sarà quindi la Corte di giustizia a chiarire se: *a.* uno Stato membro può legitti-

mamente non adempiere ad una sentenza di condanna della Corte di giustizia che gli impone di eliminare dall'ordinamento giuridico una norma dichiarata incompatibile; *b.* se esistono in diritto comunitario direttive che, per caratteristiche proprie, possano non essere attuate dagli Stati membri; *c.* se le rilevanti disposizioni della direttiva n. 2003/96/Ce su cui si fonda la tesi dell'A. delle Dogane siano direttamente efficaci nell'ordinamento nazionale anche in assenza di una loro trasposizione e *d.* se è possibile che uno Stato che non ha recepito una direttiva, sia legittimato ad imporre ai singoli obblighi vincolanti di natura pecuniaria, sanzionati sia in via amministrativa, sia penalmente, fondandoli sulla direttiva da esso recepita.

La Commissione osserva che la direttiva comunitaria, proprio per la sua valenza di applicazione generalizzata, è da rendere armonicamente compatibile con la legislazione vigente nei singoli Stati membri e necessita di atti di recepimento interno.

La sentenza della Corte di giustizia della Comunità europea del 5 ottobre 2006 in causa n. C-360/05 in tema di inadempimento dello Stato italiano costituisce soluzione giuridica su singola fattispecie e non estensione dell'efficacia generalizzata nell'ambito dello Stato membro.

(*Omissis*)

**LE DIRETTIVE COMUNITARIE, PER POTER DISPIEGARE
EFFICACIA DIRETTA NEI CONFRONTI DEI SINGOLI,
DEVONO ESSERE PRIMA RECEPITE NELL'ORDINAMENTO
INTERNO DI UNO STATO MEMBRO**

La controversia decisa con la sentenza sopra riportata riguarda la possibilità per una direttiva comunitaria, all'epoca dei fatti di causa non ancora traspunta nell'ordinamento nazionale, di produrre effetti giuridici nei confronti dei singoli in assenza di una norma interna di recepimento.

Si tratta della direttiva n. 2003/96/Ce che ha ristrutturato il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici – il cui recepimento sarebbe dovuto avvenire entro il 31 dicembre 2003 – e che ha abrogato le direttive n. 92/81/Cee¹ e n. 92/82/Cee² che disciplinavano l'imposizione delle accise sui prodotti contenenti oli minerali.

Le precedenti direttive n. 92/81/Cee e n. 92/82/Cee vietavano agli Stati membri di imporre il pagamento di accise su prodotti, non destinati alla combustione, contenenti oli minerali. La nuova direttiva comunitaria (direttiva n. 2003/96/Ce), invece, lasciava liberi gli Stati membri di scegliere se tassare o non tassare tali prodotti.

Nel caso di specie, un'impresa italiana aveva commercializzato, senza corrispondere alcuna accisa, nei primi mesi dell'anno 2004, prodotti anti-schiuma, non destinati alla combustione, che contenevano una percentuale di oli minerali.

Occorreva quindi stabilire se lo Stato italiano, a seguito della scadenza del termine per il recepimento della direttiva nell'ordinamento nazionale, ma in assenza della sua effettiva trasposizione, potesse imporre agli operatori economici che commercializzavano tali prodotti in Italia il pagamento delle

¹ Direttiva n. 92/81/Cee relativa all'armonizzazione della struttura delle accise sugli oli minerali, in *Guce* n. L 316 del 31 ottobre 1992, p. 12 ss.

² Direttiva n. 92/82/Cee relativa al ravvicinamento delle aliquote di accisa sugli oli minerali, in *Guce* n. L 316 del 31 ottobre 1992, p. 19 s.

accise previste per gli oli minerali, anche se i prodotti antischiuma non venivano utilizzati per la combustione (o per la carburazione).

Questi, in sintesi, i fatti di causa.

L'Agenzia delle Dogane di Milano notificava, nell'anno 2004, alla Società *Urai SpA* (di seguito denominata «*Urai*») avviso di pagamento per non aver pagato le accise gravanti sugli oli minerali contenuti in prodotti antischiuma provenienti da un Paese della Comunità europea. L'Agenzia delle Dogane ha ritenuto che le modifiche del quadro normativo, intervenute a livello comunitario, con l'adozione della citata direttiva n. 2003/96 (e con l'abrogazione delle citate direttive n. 92/81/Cee e n. 92/92/Cee che, come già ricordato, vietavano la tassazione degli oli minerali contenuti in prodotti non utilizzati per la combustione), avevano legittimato gli Stati membri a tassare, a partire dal 1° gennaio 2004, gli idrocarburi anche quando erano contenuti in prodotti destinati ad usi diversi dalla combustione o dalla carburazione.

La pretesa dell'Agenzia delle Dogane, tuttavia, era fondata su una norma, entrata in vigore prima della direttiva n. 2003/96/Ce, vale a dire l'art. 62 del dlgs n. 504/95 che prevedeva l'applicazione delle accise su tutti gli oli minerali ivi compresi quelli contenuti in prodotti destinati ad usi diversi dalla carburazione e dalla combustione.

Tale disposizione normativa era stata però giudicata in contrasto con il diritto comunitario dalla Corte di giustizia con sentenza in data 25 settembre 2003³.

Il Governo italiano, invece di abrogare semplicemente il citato art. 62 del dlgs n. 504/95, dichiarato illegittimo dalla Corte di giustizia, ha subordinato tale abrogazione all'emanazione di alcuni regolamenti che, in verità, non sono mai stati adottati. Così facendo, l'Italia, in palese violazione della sentenza della Corte di giustizia, sopra citata, ha mantenuto in vita il suddetto art. 62 del dlgs n. 504/95.

Alla luce della situazione di fatto e di diritto sopra esposta, *Urai* ha, quindi, impugnato il citato avviso di pagamento.

Il ricorso di *Urai*, in primo grado, è stato rigettato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Milano in quanto, a parere dei giudici tributari, essendo state abrogate le direttive che vietavano la tassazione degli oli minerali non destinati ad uso di carburante o combustibile, l'art. 62, sopra citato, che risultava ancora vigente, non risultava più in contrasto con il diritto comunitario.

³ In causa n. C 437/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9861. I giudici comunitari hanno condannato per inadempimento la Repubblica italiana perché: «(...) mantenendo in vigore, con l'art. 62, primo comma, del dlgs 26 ottobre 1995, n. 504 dal titolo "Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative", un'imposta sul consumo degli oli lubrificanti alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, ha violato gli obblighi ad essa imposti dall'art. 3, n. 2, della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, n. 92/12/Cee (...) e dall'art. 8, n. 1, lett. a., della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, n. 92/81/Cee (...)».

rio e poteva quindi essere applicato.

La richiesta di pagamento delle accise doveva quindi considerarsi legittima.

La sentenza di primo grado, impugnata da *Urai* in appello, si è basata sostanzialmente su due argomenti: *a.* la direttiva n. 2003/96/Ce sarebbe una norma direttamente applicabile (a parere dell'amministrazione si tratterebbe di una direttiva c.d. *self executing*), per cui potrebbe essere applicata nell'ordinamento giuridico interno senza necessità di recepimento; *b.* poiché la direttiva è direttamente applicabile, le sue disposizioni possono essere invocate, anche in assenza di trasposizione nell'ordinamento giuridico interno, da parte della pubblica Autorità (nel caso di specie, dall'Agenzia delle Dogane) nei confronti dei singoli. Una tale interpretazione porterebbe a legittimare anche l'irrogazione, da parte dell'Autorità pubblica, di sanzioni di carattere amministrativo e penale.

La sentenza della Commissione Tributaria di primo grado, come già indicato, è stata impugnata da *Urai*, che ha invocato diversi argomenti giuridici.

Innanzitutto *Urai*, nel proprio ricorso in appello, si è soffermata sulla necessità di recepire nell'ordinamento interno la direttiva n. 2000/96/Ce. In proposito, ha osservato come, sotto il profilo giuridico, la tesi invocata dall'Amministrazione pubblica circa la diretta efficacia della direttiva n. 2003/96/Ce (anche in assenza di recepimento) fosse del tutto priva di fondamento, sia perché la disposizione invocata non presentava le caratteristiche di precisione, chiarezza ed assenza di condizioni, richieste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sia perché un'Autorità pubblica non può mai giovare dell'inadempimento del proprio Stato per sanzionare i singoli. Inoltre, *Urai* sottolineava come, nel caso di specie, la Corte di giustizia delle Comunità europee aveva, con la sentenza pronunciata in data 5 ottobre 2006 in causa n. C-360/05⁴, condannato la Repubblica italiana per non aver trasposto nell'ordinamento nazionale, alla data del 31 dicembre 2003, proprio la direttiva n. 2003/96/Ce.

L'Italia aveva, pertanto, l'obbligo giuridico di recepire nel proprio ordinamento la direttiva in questione. Ciò significa, a parere di *Urai*, che in assenza di un corretto recepimento della direttiva n. 2003/96/Ce le disposizioni in essa contenute non avrebbero potuto esplicare alcuna efficacia giuridica nei confronti dei singoli all'interno dell'ordinamento italiano.

A questa conclusione è pervenuta la ricorrente sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia.

In secondo luogo, la società *Urai*, nell'atto di appello, ha fatto riferimento in particolare al principio della diretta applicabilità della normativa comunitaria sia di fonte primaria sia di fonte derivata.

Per quanto concerne il diritto di fonte primaria (i trattati comunitari), la Corte di giustizia delle Comunità europee con la sentenza *Van Gend en Loos*

⁴ In *Raccolta*, 2006, I, p. 104* (pubblicazione sommaria).

del 5 febbraio 1963⁵ ha stabilito che «il diritto comunitario (...) nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi (...) che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare»⁶.

Con riferimento agli atti di diritto derivato (regolamenti, direttive e decisioni, art. 249, 2° comma Trattato Ce), la loro efficacia diretta varia a seconda del tipo di atto considerato⁷.

La direttiva comunitaria non è un atto per il quale il Trattato comunitario prevede la sua diretta applicabilità all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali.

Come è noto, la direttiva comunitaria è un atto che obbliga gli Stati membri a raggiungere un determinato obiettivo lasciando, tuttavia, ai medesimi Stati membri il compito di adottare le norme interne idonee a raggiungere, nel termine perentorio stabilito dalla direttiva, l'obiettivo imposto dall'atto comunitario (norme nazionali di recepimento o di attuazione).

Urai ha osservato, altresì, che un esempio di disposizione comunitaria contenuta in una direttiva non direttamente efficace si può trovare nella sentenza *Francovich*⁸ che ha dato il via ad una copiosa giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario⁹.

Nella sentenza *Francovich* la Corte di giustizia, dopo aver ribadito che: «(...) secondo una giurisprudenza costante, lo Stato membro che non ha adottato entro i termini i provvedimenti di attuazione imposti da una direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa (...)»¹⁰, ha stabilito che alcune delle disposizioni contenute nella direttiva non potevano essere dotate di efficacia diretta in quanto il testo comunitario lasciava allo Stato ampia libertà di scelta in merito al comportamento da adottare¹¹.

⁵ Sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, in *Raccolta*, 1963, p. 1; in questa *Rivista*, 1963, 44 ss. Nella sentenza *Van Gend en Loos*, sopra citata, ha sancito il principio dell'efficacia diretta e ha stabilito che una norma comunitaria contenuta in un articolo del Trattato CE è direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali degli Stati membri se presenta le seguenti caratteristiche: *a.* chiarezza; *b.* precisione; *c.* non essere sottoposta ad alcuna condizione e a misure complementari di carattere nazionale o comunitario.

⁶ In un secondo tempo, la Corte di giustizia ha affermato l'efficacia diretta anche per altre norme del Trattato Ce: per esempio, l'art. 12 sul divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità con la sentenza del 28 giugno 1978 in causa n. 1/78, *Kenny c. Insurance Officer*, in *Raccolta*, 1978, p. 1489; l'art. 39 sulla libera circolazione dei lavoratori con la sentenza *Van Duyn* del 4 dicembre 1974, in causa n. 41/74, in *Raccolta*, 1974, p. 1337; gli artt. 43 e 44 sulla libertà di stabilimento con la sentenza del 21 giugno 1974 in causa n. 2/74, *Reyners c. Stato belga*, in *Raccolta*, 1974, p. 631.

⁷ Cfr. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale - Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 224.

⁸ Sentenza del 19 novembre 1991 in causa n. C-6-9/90, *Francovich*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357.

⁹ F. CAPELLI, *Responsabilità della Comunità europea e degli Stati membri per violazione del diritto comunitario: rimedi e risarcimento dei danni*, in questa *Rivista*, 1998 p. 769 ss.

¹⁰ Cfr. sentenza *Francovich*, loc. cit., punto 11.

¹¹ Cfr. punto 23 della sentenza citata.

Urai ha considerato come, nel corso degli anni, la Corte di giustizia abbia constatato, da un lato, che gli Stati membri non adempivano tempestivamente agli obblighi loro imposti dalle direttive, dall'altro lato, che i rimedi giuridici contenuti nel Trattato comunitario attraverso il ricorso per inadempimento degli Stati ex art. 226 CE, si dimostravano inefficaci di fronte ai continui inadempimenti degli Stati membri. Si verificava così che una determinata materia fosse regolata in alcuni Stati sulla base delle disposizioni contenute in una direttiva comunitaria, mentre, negli Stati membri inadempienti, la stessa materia era disciplinata dalle diverse normative nazionali. Per risolvere tale situazione, i giudici comunitari hanno elaborato la nota teoria dell'«efficacia diretta verticale»¹² delle direttive comunitarie: «la natura cogente della direttiva sulla quale è basata la possibilità di far valere dinanzi al giudice nazionale, esiste solo nei confronti dello "Stato membro cui è rivolta". Ne consegue che la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso»¹³.

Urai ha proseguito le sue argomentazioni rilevando che la Corte di giustizia è giunta, quindi, ad affermare che una disposizione contenuta in una direttiva comunitaria, avente le caratteristiche richieste dalla giurisprudenza comunitaria¹⁴ per la diretta applicabilità di una norma contenuta nel Trattato Ce o in un regolamento comunitario (chiarezza, precisione, non essere sottoposta ad alcuna condizione), poteva avere una diretta efficacia a favore del singolo solo nei confronti dello Stato inadempiente (Enti territoriali, società pubbliche etc.). Tale efficacia è stata definita come «verticale» poiché è solo il singolo che può farla valere nei confronti della pubblica Autorità, e non il contrario. In sostanza, lo Stato inadempiente non può certo trarre un beneficio a danno dei singoli da un suo inadempimento. È tale particolarità che ha portato la dottrina a definire tale teoria come «effetto diretto verticale»¹⁵.

¹² È esclusa l'efficacia diretta orizzontale delle direttive, ossia nei rapporti tra i privati.

¹³ Cfr. sentenza del 26 febbraio 1986 in causa n.152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, 1986, p. 723. Cfr., altresì, sentenza del 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325 con la quale la Corte di giustizia ha statuito che un consumatore non può eccepire nei confronti di un commerciante la nullità di un contratto contrario ad una direttiva comunitaria. Cfr., F. CAPELLI, *L'efficacia orizzontale delle direttive comunitarie secondo una giurisprudenza incompiuta*, in questa *Rivista*, 1994, p. 51 ss.; F. CAPELLI, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, in questa *Rivista*, 1994, p. 367 e E. ADOBATI, *La Cassazione esclude l'efficacia orizzontale delle direttive*, in questa *Rivista*, 2002, p. 536, nota a sentenza della Corte di cassazione, sezione lavoro, 21 marzo 2001 n. 4073.

¹⁴ Sentenza *Van Gend en Loos*, cit. *supra*, nota 5.

¹⁵ F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive Ce nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza Tributaria*, n. 12, 1995, p. 1234 e ancora, F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico*, in questa *Rivista*, 2004, p. 755.

Per essere direttamente efficaci, quindi, le disposizioni contenute in una direttiva devono soddisfare le condizioni fissate nella sentenza *Van Gend en Loos*¹⁶.

In sostanza, non esistono direttive direttamente applicabili (*self executing*) *tout court*, ma esistono disposizioni che possono essere contenute in direttive comunitarie che sono dotate, invece, della c.d. diretta efficacia verticale.

In terzo luogo, sull'idoneità delle disposizioni non recepite della direttiva n. 2003/96/Ce ad esplicare un effetto giuridico nei confronti dei singoli, *Urai* ha rilevato che la Corte di giustizia ha da tempo statuito che il rimedio del c.d. «effetto diretto» di una norma comunitaria contenuta in una direttiva non recepita non esclude l'obbligo giuridico degli Stati membri di dare corretta e tempestiva attuazione al diritto comunitario. La Corte, sul punto¹⁷, ha osservato come: «(...) nemmeno l'argomento relativo all'applicabilità diretta delle direttive di cui trattasi può essere accolto. Risulta infatti dall'art. 189, III comma, del Trattato che l'attuazione delle direttive comunitarie deve essere garantita mediante adeguati provvedimenti adottati dagli Stati membri. Solo in circostanze particolari, e in specie nel caso in cui uno Stato membro abbia omissso di emanare i provvedimenti di attuazione prescritti o abbia adottato provvedimenti non conformi ad una direttiva, gli amministratori hanno il diritto, secondo la giurisprudenza della Corte, di far valere in giudizio una direttiva nei confronti dello Stato membro inadempiente. Questa garanzia minima, che deriva dal carattere vincolante dell'obbligo imposto dalle direttive ai sensi dell'art. 189, III comma, agli Stati membri, non può servire a giustificare la mancata adozione in tempo utile, da parte di questi, delle misure di attuazione adeguate allo scopo di ciascuna direttiva (...)»¹⁸.

La direttiva comunitaria deve sempre e comunque essere recepita negli ordinamenti nazionali. Uno Stato membro può decidere di avvalersi delle disposizioni di una direttiva nei confronti dei singoli solo se ha recepito la diret-

¹⁶ Cfr., altresì, sentenza del 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Van Duyn*, cit. *supra*, nota 6 con la quale la Corte di giustizia ha affermato chiaramente per la prima volta l'efficacia diretta della direttiva. Cfr., altresì sentenze del 6 ottobre 1970, in causa n. 9/70, *Grad*, in *Raccolta*, 1970, p. 825 ss.; del 17 dicembre 1970 in causa n. 33/70, *Sace*, in *Raccolta*, 1970, p. 1213 ss. In dottrina, cfr. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983 e, più recentemente, cfr. P. PIVA, *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2008. E ancora, F. CAPELLI, *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, in questa *Rivista*, 1987, p. 98 ss.; R. BARATTA, *Norme comunitarie contenute in direttive comunitarie inattuate e loro opponibilità ai singoli*, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 253 ss.; L. DANIELE, *Novità in tema di direttive comunitarie inattuate*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 177 ss.; R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 81 ss. Cfr., altresì, il commento alla sentenza della Corte di cassazione n. 2369 del 20 marzo 1996 di E. ADOBATI, *Decisione del conciliatore secondo equità e direttive comunitarie non ancora attuate all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali*, in questa *Rivista*, 1997, p. 522.

¹⁷ Sentenza del 5 aprile 1979 in causa n. 148/78, *Pubblico Ministero c. Tullio Ratti*, in *Raccolta*, 1979, p. 1629.

¹⁸ Cfr., altresì, sentenza del 6 maggio 1980, in causa n. 102/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1980, p. 1473 ss.

tiva all'interno del proprio ordinamento giuridico. In assenza di tale recepimento gli effetti giuridici pregiudizievoli della direttiva non possono colpire i singoli. Sono soltanto i singoli che potranno, se le disposizioni contenute nella direttiva comunitaria non recepita sono chiare, precise e a loro favorevoli, invocare le norme della direttiva comunitaria contro lo Stato membro inadempiente (c.d. efficacia diretta verticale). Lo Stato membro inadempiente, invece, non potrà, in alcun caso, in assenza di una corretta trasposizione, utilizzare le disposizioni di tale direttiva comunitaria per fondare le proprie pretese nei confronti dei singoli¹⁹.

Tali osservazioni, contenute nella difesa di *Urai*, hanno portato la Commissione Tributaria Regionale di Milano ad accogliere l'appello proposto contro l'Agenzia delle Dogane di Milano.

Ad *Urai*, pertanto non potrà essere richiesto, con riferimento al periodo in cui la direttiva non risultava recepita, il pagamento di alcuna accisa e, soprattutto, essa non potrà essere sanzionata da parte dell'Agenzia delle Dogane essendo stata ritenuta illegittima la pretesa di quest'ultima.

Ancora una volta il giudice nazionale decide evidenziando come le direttive comunitarie debbano non solo essere recepite negli ordinamenti interni, ma anche essere interpretate ed applicate alla luce dei principi rilevanti dell'ordinamento comunitario e non di quello nazionale.

Enrica Adobati*

¹⁹ Cfr., punto 22, sentenza *Ratti*, cit. *supra*, nota 17.

* Avvocato in Novara; Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA DIRETTIVA SERVIZI CON RIFERIMENTO AI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE

Direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno*

(*Omissis*)

hanno adottato la presente direttiva:

Capo I - Disposizioni generali

Articolo 1 - Oggetto

1. La presente direttiva stabilisce le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi.

2. La presente direttiva non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi.

3. La presente direttiva non riguarda né l'abolizione di monopoli che forniscono servizi né gli aiuti concessi dagli Stati membri cui si applicano le regole comunitarie di concorrenza.

La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti.

4. La presente direttiva non pregiudica le misure adottate a livello comunitario o nazionale, in conformità del diritto comunitario, volte a tutelare o a promuovere la diversità culturale o linguistica o il pluralismo dei media.

5. La presente direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di diritto penale. Tuttavia gli Stati membri non possono limitare la libertà di fornire

* In *Gu-UE* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss. Il testo integrale della direttiva n. 2006/123/Ce, sopra riportata, è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm> (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 111 ss., il commento di *FRANCESCO COSTAMAGNA*.

servizi applicando disposizioni di diritto penale che disciplinano specificamente o influenzano l'accesso ad un'attività di servizi o l'esercizio della stessa, aggirando le norme stabilite nella presente direttiva.

6. La presente direttiva non pregiudica la legislazione del lavoro, segnatamente le disposizioni giuridiche o contrattuali che disciplinano le condizioni di occupazione, le condizioni di lavoro, compresa la salute e la sicurezza sul posto di lavoro, e il rapporto tra datori di lavoro e lavoratori, che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto comunitario. Parimenti, la presente direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale.

7. La presente direttiva non pregiudica l'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario, né il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario.

Articolo 2 - Campo di applicazione

1. La presente direttiva si applica ai servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro.

2. La presente direttiva non si applica alle attività seguenti:

- a. i servizi non economici d'interesse generale;
- b. i servizi finanziari quali l'attività bancaria, il credito, l'assicurazione e la riasicurazione, le pensioni professionali o individuali, i titoli, gli investimenti, i fondi, i servizi di pagamento e quelli di consulenza nel settore degli investimenti, compresi i servizi di cui all'allegato I della direttiva n. 2006/48/Ce;
- c. i servizi e le reti di comunicazione elettronica nonché le risorse e i servizi associati in relazione alle materie disciplinate dalle direttive n. 2002/19/Ce, n. 2002/20/Ce, n. 2002/21/Ce, n. 2002/22/Ce e n. 2002/58/Ce;
- d. i servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali, che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo V del Trattato Ce;
- e. i servizi delle agenzie di lavoro interinale;
- f. i servizi sanitari, indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata;
- g. i servizi audiovisivi, ivi compresi i servizi cinematografici, a prescindere dal modo di produzione, distribuzione e trasmissione, e i servizi radiofonici;
- h. le attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse;
- i. le attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri di cui all'art. 45 del Trattato;
- j. i servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato;
- k. i servizi privati di sicurezza;
- l. i servizi forniti da notai e ufficiali giudiziari nominati con atto ufficiale della pubblica amministrazione.

3. La presente direttiva non si applica al settore fiscale.

(Omissis)

DIRETTIVA "SERVIZI" E SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE: ANALISI DI UN RAPPORTO DIFFICILE*

Sommario: **1.** Considerazioni introduttive - **2.** Ambito applicativo della direttiva e servizi di interesse economico generale - **2.1** L'esclusione dei servizi non economici di interesse generale - **2.2** La distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi non economici di interesse generale nel Preambolo della direttiva: il caso dei servizi sociali - **2.3** L'ampliamento dell'ambito applicativo delle norme comunitarie e l'esclusione dei servizi sanitari dall'ambito applicativo della direttiva - **3.** La libertà di stabilimento ai sensi della direttiva "Servizi" ed i servizi di interesse economico generale - **3.1** Requisiti vietati e servizi di interesse economico generale - **3.2** Requisiti da valutare e servizi di interesse economico generale - **a.** La clausola di deroga prevista all'art. 15, par. 4 - **b.** Le condizioni di applicabilità dell'art. 15, par. 4: **a.** il carattere ostativo delle norme in materia di libertà di stabilimento - **c.** l'esistenza di una specifica missione affidata ai servizi di interesse economico generale - **4.** Libera prestazione dei servizi e servizi di interesse economico generale nella direttiva - **4.1** L'esclusione dei servizi di interesse economico generale - **4.2** Le conseguenze dell'esclusione: considerazioni critiche - **5.** Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

La disciplina dei servizi di interesse generale ha rappresentato uno degli aspetti più problematici nel travagliato processo di adozione della direttiva "Servizi"¹. Durante una prima fase, il dibattito aveva riguardato in modo quasi esclusivo il principio del Paese di origine e le conseguenze derivanti da una sua eventuale applicazione ai servizi di interesse generale². In seguito alle forti proteste provenienti da ampi settori dell'opinione pubblica e alla ferma opposizione del Parlamento europeo, il principio del Paese di origine era stato

* L'articolo costituisce il frutto delle ricerche svolte nell'ambito del progetto «Gli effetti giuridici della direttiva Bolkenstein» dell'Università Carlo Cattaneo - LIUC.

L'Autore intende ringraziare la prof.ssa Ornella Porchia e il prof. Alberto Malatesta per il sostegno ed i consigli dispensati nel corso di tutto il lavoro di ricerca. Un ringraziamento sentito va, inoltre, alla dott.ssa Annamaria Viterbo e al dott. Stefano Montaldo per il loro fondamentale contributo durante la fase di revisione.

¹ Direttiva n. 123/2006/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

² R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkenstein*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 1880-1881 e p. 1886-1887.

abbandonato, in favore di un più rassicurante richiamo al principio della libera prestazione dei servizi già previsto dal Trattato CE³.

Una volta venuto meno tale aspetto di novità, la questione dell'incidenza delle norme della direttiva sulla disciplina dei servizi di interesse generale rientrava nel tradizionale dibattito, sviluppatosi fin dalle origini del processo di integrazione, sulla compatibilità tra l'applicazione delle norme sul mercato interno e il raggiungimento di obiettivi di interesse generale. Non per questo, però, il confronto perse di intensità: vi era, infatti, chi riteneva che l'approccio adottato dalla Commissione privilegiasse eccessivamente considerazioni di matrice mercantile, con conseguenze potenzialmente negative sul funzionamento e sull'organizzazione dei servizi di interesse generale, tali da ostacolare il perseguimento di obiettivi fondamentali dal punto di vista sociale.

L'istituzione che più di ogni altra si fece portatrice di queste istanze nel corso dei negoziati fu senza dubbio il Parlamento europeo⁴. La sua azione si è tradotta soprattutto in una lunga serie di eccezioni, restrizioni, deroghe o altri tipi di clausole il cui obiettivo è circoscrivere l'impatto delle norme della direttiva sulla disciplina dei servizi di interesse generale⁵. Questo modo di procedere si ritrova anche in altre parti dell'atto, tanto che alcuni autori considerano l'intera direttiva un esempio di "anti-legislazione"⁶, intendendo in questo modo sottolineare la prevalenza di disposizioni che si preoccupano di chiarire quello che la direttiva non intende fare⁷.

È proprio in riferimento alle attività in esame che questo tipo di approccio assume una particolare intensità, come risulta evidente fin dall'art. 1 della direttiva, il cui secondo comma si premura di precisare che l'atto «non riguarda la liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale». Il terzo comma del medesimo articolo chiarisce, inoltre, che la direttiva non intende in alcun modo incidere sul riparto di competenze tra la Comunità e gli Stati membri, lasciando impregiudicata la libertà di questi ultimi nel definire quali siano i servizi di interesse economico generale, gli obblighi specifici ai quali tali attività debbano essere soggette e le loro modalità di organizzazione e finanziamento⁸. Un'impostazione del tutto analoga caratterizza anche i nu-

³ A. PRETO, *La Direttiva 2006/123/CE: dal principio del Paese di origine alla libera prestazione dei servizi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 886-917. In senso difforme C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, CMLR, 2008, p. 362-363; l'A. sostiene che il cambiamento ha una portata più formale che sostanziale.

⁴ R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi*, cit. supra, nota 2, p. 1890. Per una ricostruzione dettagliata dei negoziati C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, cit. supra, nota 3, p. 327-331.

⁵ Editorial Comments. *The Services Directive Proposal: Striking a Balance Between the Promotion of the Internal market and Preserving the European Social Model?*, in CMLR, 2006, p. 208.

⁶ P. MANIN, *Conclusions sur la Directive 2006/123/CE*, in *Europe*, 6, 2006, p. 29.

⁷ Sul punto V. HATZOPOULOS, *Que reste-il de la directive sur les services?*, in *Cah. dr. eur.*, 2007, p. 319.

⁸ Per questa ragione tali questioni, sebbene ovviamente molto rilevanti, non saranno oggetto di

merosi *considerando* che affrontano il tema del rapporto tra le norme della direttiva e la disciplina dei servizi di interesse economico generale. Cifra comune a questi riferimenti è, infatti, l'ampio utilizzo di formulazioni "in negativo", le quali paiono rispondere più ad esigenze di carattere politico che non ad effettive necessità di ordine sistematico.

Muovendo da tali considerazioni, il presente lavoro mira ad analizzare l'incidenza della direttiva sulla disciplina comunitaria dei servizi di interesse economico generale. In prima battuta, viene preso in considerazione l'ambito applicativo della direttiva, così da determinare quali tra i servizi di interesse generale siano soggetti alle sue norme. Successivamente, l'analisi si concentra sulle disposizioni della direttiva in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi che riguardano direttamente i servizi in esame. Essenziale a tale proposito è il riferimento all'art. 86, par. 2, CE⁹, il quale, come noto, prevede che i servizi di interesse economico generale siano assoggettati alle norme del Trattato in materia di concorrenza e, per quanto interessa maggiormente ai nostri fini, di mercato interno, nei soli limiti in cui l'applicazione di tali norme non ostacoli l'adempimento della loro missione specifica. La disposizione rappresenta il nucleo fondamentale della disciplina comunitaria sui servizi di interesse economico generale, codificando un modello, fondato sul bilanciamento dell'interesse comunitario alla realizzazione del mercato interno e la necessità di garantire adeguata tutela ad interessi sociali e politici aventi carattere generale, il quale ha trovato applicazione anche nella successiva normativa derivata settoriale.

analisi specifica in questa sede. In particolare, il problema del riparto di competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri in materia di servizi di interesse generale è oggi oggetto di rinnovato interesse, soprattutto in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. L'art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex art. 16 CE) prevede, ad esempio, la possibilità che l'UE intervenga a fissare i principi e le condizioni che consentano ai servizi di interesse economico generale di assolvere i loro compiti. La materia del finanziamento di questi servizi e, soprattutto, il problema della compatibilità con le norme in materia di aiuti di Stato, è stato oggetto di una serie di misure adottate nel 2005 dalla Commissione (il c.d. "Pacchetto Altmark"), vale a dire la decisione n. 2005/842/Ce della Commissione, del 28 novembre 2005, riguardante l'applicazione dell'art. 86, par. 2, del Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, in *Gu-Ue* n. L 312 del 29 novembre 2005, p. 67; la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, in *Gu-Ue* n. C 297 del 29 novembre 2005 e la direttiva n. 2005/81/Ce della Commissione che modifica la direttiva n. 80/723/Cee relativa alla trasparenza nelle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese, in *Gu-Ue* n. L 312 del 29 novembre 2005.

⁹ L'art. 86, par. 2, prevede: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposti alle norme del presente Trattato (...) nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromessa in misura contraria agli interessi della Comunità». La dottrina relativa alla disposizione è amplissima, per tutti si vedano A. GARDELLA, *Art. 86*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 577-592; V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 35; J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (Former Article 90) of the Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 2000; G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 719.

2. Ambito applicativo della direttiva e servizi di interesse economico generale

2.1 *L'esclusione dei servizi non economici di interesse generale*

L'analisi degli effetti della direttiva "Servizi" sulla disciplina dei servizi di interesse generale impone, prima di tutto, di determinare quali di questi rientrino nel suo ambito applicativo ai sensi dell'art. 2¹⁰. In particolare, il secondo comma della norma prevede che la direttiva non si applichi ai servizi non economici di interesse generale, ai servizi e alle reti di comunicazione elettronica, ai servizi nel settore dei trasporti, ai servizi sanitari, ai servizi audiovisivi, alle attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri. Sempre la medesima disposizione esclude, inoltre, i servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia ed il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, nella misura in cui vengano forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute¹¹.

L'attuale formulazione della norma è il risultato di un forte dibattito che ha coinvolto tutte le istituzioni comunitarie durante il processo di formazione della direttiva. La proposta originaria della Commissione prevedeva una lista decisamente più limitata di settori esclusi e non faceva alcun riferimento ai servizi non economici di interesse generale¹². Come precisato nella relazione esplicativa, infatti, era fuori discussione che la proposta coprisse solo «(...) i servizi che costituiscono un'attività economica a termini della giurisprudenza della Corte relativa all'art. 49 del Trattato»¹³, escludendo, quindi, le attività di interesse generale non aventi carattere economico. Il Parlamento, non condividendo l'approccio della Commissione, pretese l'ampliamento del numero di settori esclusi e, soprattutto, l'inserimento nell'art. 2 di una specifica eccezione per i «servizi di interesse generale quali definiti dagli Stati membri»¹⁴. La

¹⁰ Sull'art. 2 in generale C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, cit. supra, nota 3, p. 331-335; S. D'ACUNTO, *Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points*, in *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2, 2007, p. 271-276.

¹¹ Si deve, quindi, ritenere che l'esclusione non operi quando tali servizi sociali siano forniti da privati non incaricati, come nel caso dei servizi per l'infanzia forniti da asili privati. Sul punto G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 15.

¹² L'art. 2 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, Com(2004)2 def./2 del 25 febbraio 2004 prevedeva che la direttiva non si applicasse a: *a.* i servizi finanziari; *b.* i servizi e le reti di comunicazione elettronica nonché le risorse e i servizi associati; *c.* i servizi di trasporto qualora disciplinati da altre norme comunitarie fondate sull'art. 71 o sull'art. 80 del Trattato.

¹³ *Ibidem*, 16.

¹⁴ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, (Com(2004)0002-C5-0069/2004 - 2004/00001(COD)) del 16 febbraio 2006.

versione votata dal Parlamento in prima lettura venne, però, successivamente modificata dal Consiglio, il quale, per timore che l'utilizzo della nozione di «servizi di interesse generale» potesse generare confusione, ritenne necessario specificare che la clausola di esclusione doveva ritenersi operativa solo per le attività non aventi carattere economico¹⁵.

Il riferimento ai «servizi non economici di interesse generale» si giustifica solo quale risposta ad esigenze di natura politica, risultando scarsamente significativo dal punto di vista giuridico¹⁶. Come giustamente osservato dalla Commissione nella relazione allegata alla versione originale della Proposta di direttiva, il fatto che le norme comunitarie in materia di libera circolazione dei servizi e libertà di stabilimento si applichino solo nei confronti di attività aventi carattere economico è ormai un dato certo¹⁷, essendo previsto in via generale dall'art. 50 CE¹⁸.

2.2 *La distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi non economici di interesse generale nel Preambolo della direttiva: il caso dei servizi sociali*

Punto nodale per determinare l'ambito applicativo della direttiva è la distinzione tra i servizi di interesse economico generale e le attività non economiche di interesse generale¹⁹. La questione deve essere affrontata alla luce di quanto previsto dall'art. 50 CE, il quale considera aventi carattere economico, vale a dire "servizi" secondo la terminologia utilizzata nella disposizione, solo le attività prestate dietro retribuzione²⁰. In questo contesto non hanno alcuna

¹⁵ Posizione comune definita dal Consiglio il 24 luglio 2006 in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, 10003/4/06 REV 4 del 24 luglio 2006.

¹⁶ G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit. supra, nota 11, p. 14-15; S. D'ACUNTO, *Directive Services (2006/123/CE)*, cit. supra, nota 10, p. 271.

¹⁷ V. HATZOPOULOS, *Que reste-il de la directive sur les services?*, cit. supra, nota 7, p. 325 afferma che «l'affirmation (...) que les services non économiques ne rentrent pas dans son domaine d'application, ressemble à une lapalissade plus qu'à une autre chose».

¹⁸ Il principio è stato ribadito a più riprese dalla Corte: non è ovviamente possibile dare conto in questa sede della copiosa giurisprudenza sul punto. Per una rassegna aggiornata si vedano P. CRAIG - G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 4th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 818-825; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 360-367.

¹⁹ In argomento M. KRAJEWSKI, *Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle?*, in *European public law*, 14(3), 2008, p. 386-388; E. BERGAMINI, *La nozione di servizio di interesse generale nel diritto dell'Unione europea: evoluzione e rapporto con le nozioni nazionali*, in *Diritto e politiche dell'Unione europea*, 2, 2007, p. 3-18; M. DONY, *Les notions de "service d'intérêt général" et "service d'intérêt économique général"*, in J-V. LOUIS - S. RODRIGUES (sous la dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3-38.

²⁰ La stessa formulazione è stata mantenuta anche nel Trattato di Lisbona (art. 57 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Sul punto si veda per tutti G. TESAURO, *Diritto comunita-*

rilevanza né la natura del prestatore²¹, sia essa pubblica o privata, né le modalità di finanziamento dell'attività, così come chiarito dalla Corte già nella sentenza *Höfner*²². In questo caso il Governo tedesco sosteneva che l'attività di collocamento di dirigenti e quadri non avesse natura economica e dovesse, quindi, ritenersi sottratta alle norme del Trattato CE, in quanto prestata da un organismo pubblico e a titolo gratuito. La Corte ha, però, rigettato tale argomentazione, sottolineando come la scelta di affidare ad un organismo pubblico l'offerta dei servizi di collocamento non incida sulla natura economica dell'attività²³.

La centralità della retribuzione quale criterio caratterizzante le attività che, avendo natura economica, sono sottoposte alla disciplina comunitaria trova conferma anche nella direttiva "Servizi". In prima battuta, il *considerando* 17 ribadisce che «[l]a presente direttiva si applica soltanto ai servizi che sono prestati dietro corrispettivo economico». Muovendo da tale indicazione, il *considerando* 34 esclude dall'ambito applicativo della direttiva le «attività svolte dallo Stato o per conto dello Stato senza corrispettivo economico nel quadro dei suoi doveri in ambito sociale, culturale, educativo e giudiziario», non potendo in questi casi ravvisarsi la caratteristica della retribuzione. La disposizione fa, dunque, riferimento sia ad attività connesse con l'esercizio dei pubblici poteri, quali quelle in ambito giudiziario, sia ad attività rientranti nel settore dei c.d. servizi sociali di interesse generale. Per quanto riguarda le prime, la loro esclusione non solleva particolari problemi ed è sancita in modo netto anche dalla lett. *i.* dell'art. 2, par. 2, della direttiva²⁴.

Viceversa, la qualificazione dei servizi sociali di interesse generale rappresenta uno degli aspetti attualmente più controversi della distinzione tra attività non aventi carattere economico e servizi rilevanti ai fini delle norme sul

rio, 5° ed. Padova, Cedam, 2008, p. 561-562; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, 2° ed., Torino, Giappichelli, 2006, p. 225-227.

²¹ Ad esempio, è pacificamente ammessa la possibilità che i servizi offerti da enti privi di scopo di lucro rientrino nell'ambito applicativo delle norme comunitarie. Il concetto è stato espresso in modo molto chiaro nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Cosmas del 29 gennaio 1999 in causa n. C-172/98, *Commissione c. Belgio*, punto 11, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3999, dove si afferma che «[i]l faut tout d'abord préciser que, ainsi que la Commission l'allègue avec raison, la législation nationale en cause entre de toute évidence dans le champ d'application du traité CE, bien qu'elle concerne des associations sans but lucratif. Bien que ces associations n'aient pas pour objectif de maximiser ou de redistribuer des profits, elles peuvent néanmoins fournir des prestations rémunérées ou obtenir des revenus, participant ainsi à la vie économique. Elles sont dès lors régies par les règles de droit communautaire relatives à la liberté d'établissement».

²² Sentenza del 23 aprile 1993 in causa n. C-41/90, *Höfner*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1979.

²³ *Ivi*, punto 22.

²⁴ Il punto è stato affrontato, rispetto all'applicazione delle norme in materia di concorrenza, nelle sentenze della Corte di giustizia del 18 marzo 1993 in causa n. C-343/95, *Diego Cali*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1547 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 494; del 19 gennaio 1994 in causa n. C-364/92, *Eurocontrol*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 55. Cfr. G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit. *supra*, nota 11, p. 14, secondo cui per l'esclusione di tali attività «sarebbe stato sufficiente un richiamo in un considerando».

mercato interno²⁵. Il settore, all'interno del quale rientrano, ad esempio, i servizi educativi, di assistenza alla persona e i regimi di sicurezza sociale²⁶, ha subito profonde trasformazioni nel corso del tempo e vede oggi la coesistenza di diversi modelli organizzativi, alcuni preordinati al perseguimento di finalità lucrative, altri con obiettivi esclusivamente sociali. L'evoluzione incide inevitabilmente sulla distinzione tra attività economiche e non, imponendo la revisione dei confini tradizionali. Il fatto che la distinzione in esame non sia fissa nel tempo, ma sia destinata a mutare a seconda dell'evoluzione economica, sociale, tecnologica non costituisce ovviamente una prerogativa dei servizi sociali²⁷.

Tuttavia, la mancanza di punti di riferimento sufficientemente stabili è avvertita come un problema soprattutto da chi ritiene che l'applicazione delle norme comunitarie sul mercato interno (e sulla concorrenza) possa incidere negativamente sul funzionamento dei servizi sociali²⁸. Si teme, infatti, che l'enfasi posta sul carattere mutevole della distinzione sia uno stratagemma per ampliare l'ambito applicativo delle norme comunitarie. Il *considerando* 34 della direttiva tenta di offrire una risposta a questo tipo di preoccupazioni, mirando a consolidare l'area dei servizi sociali esclusi dalla direttiva attraverso il riferimento ad alcuni principi elaborati dalla Corte sul punto. In particolare, l'attenzione è concentrata sui servizi educativi e sui regimi di previdenza sociale.

Per quanto riguarda il primo ambito, si fa riferimento a quanto espresso in alcune pronunce dei primi anni Novanta relative ai sistemi nazionali di istruzione, quale, ad esempio, il caso *Wirth*²⁹, dove la Corte ha escluso che potesse ravvisarsi «la caratteristica essenziale della retribuzione» nell'insegna-

²⁵ L'importanza della questione è dimostrata dalla scelta della Commissione di dedicare all'analisi del tema una Comunicazione specifica: Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 20 novembre 2007, Com(2007)725 def. In argomento S. VAN RAEPENBUSCH, *Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social*, in J-V. LOUIS - S. RODRIGUES (sous la dir.), *Les services d'intérêt économique général*, cit. supra, nota 19, p. 99-161.

²⁶ Comunicazione sui servizi sociali di interesse generale, cit. supra, nota 25, p. 5-6. In argomento A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo IV, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1906-1908.

²⁷ *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, Com(2003)270 def., del 21 maggio 2003, par. 45. *Relazione al Consiglio di Laeken. Servizi di interesse generale* (presentata dalla Commissione), Com(2001)589 def. del 18 ottobre 2001, par. 30 dove si afferma che in ragione del carattere mutevole della distinzione «(...) non sembra praticabile stabilire un elenco definitivo *a priori* di tutti i servizi d'interesse generale che vengono considerati "non economici"».

²⁸ Non è ovviamente questa l'opinione della Commissione, la quale ha ribadito anche nella sua Comunicazione sui servizi sociali di interesse generale, cit. supra, nota 25, p. 6, che «(...) gli obiettivi di sviluppo dei servizi d'interesse economico generale di elevata qualità, accessibili e a prezzi abbordabili, da un lato, e quelli del mercato interno aperto e concorrenziale siano tra loro compatibili e che dovrebbero essere complementari».

²⁹ Sentenza del 7 dicembre 1993 in causa n. C-109/92, *Wirth*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6447, punto 15 il quale si rifà alla sentenza del 27 settembre 1988 in causa n. 263/86, *Humbel*, in *Raccolta*, 1988, p. 5365, punti 17-19.

mento impartito da istituti pubblici. In questo caso, infatti, lo Stato non persegue finalità di lucro, ma intende semplicemente assolvere ai propri compiti in campo sociale, educativo e culturale. Inoltre, tali attività non sono finanziate dagli alunni o dai loro genitori, ma dallo Stato stesso attraverso fondi pubblici. Facendo leva su tali considerazioni, la Corte ha, quindi, distinto le attività degli istituti pubblici da quelle, per molti versi analoghe, fornite dagli istituti «finanziati essenzialmente mediante fondi privati, segnatamente dagli studenti o dai loro genitori»³⁰. Solo queste ultime possono essere considerate attività economiche ai sensi della normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei servizi, posto che, attraverso la loro fornitura, gli istituti di insegnamento perseguono lo scopo di offrire una prestazione in cambio di un corrispettivo³¹. Si noti che, sempre nella medesima sentenza, la Corte ha specificato che la conclusione non muta neppure nel caso in cui gli alunni o i loro genitori siano tenuti a contribuire in una certa misura ai costi di gestione del sistema, attraverso il pagamento di un canone o di tasse scolastiche³².

Il *considerando* 34 specifica, inoltre, che «la gestione di regimi di sicurezza sociale che non svolgono un'attività economica» deve anch'essa ritenersi esclusa dall'ambito applicativo della direttiva, non potendola considerare un "servizio" ai sensi dell'art. 50 CE. La considerazione fa leva su alcune pronunce nelle quali la Corte aveva adottato un approccio per molti versi analogo a quello visto per i servizi educativi. Nonostante questi casi riguardassero l'applicabilità delle norme comunitarie in materia di concorrenza, la loro rilevanza ai fini dell'analisi in corso è data dal fatto che, anche in questo ambito, gioca un ruolo decisivo ai fini della determinazione del carattere dell'attività l'eventuale perseguimento da parte dell'ente incaricato di un fine di lucro.

Il punto è stato chiarito nella sentenza *Poucet et Pistre*³³, relativo ad un regime obbligatorio di assicurazione malattia e maternità. In questo caso, l'attività prestata dalle casse malattia è stata ritenuta avere carattere esclusivamente sociale, e non economico, essendo questa fondata sul principio della solidarietà e non perseguendo alcuna finalità lucrativa. La Corte ha sottolineato, infatti, come si trattasse di un regime obbligatorio, le cui prestazioni a favore dei beneficiari erano determinate per legge e non dipendevano dall'ammontare dei contributi versati, così da «garantire a tutti gli iscritti una copertura contro i rischi di malattia, vecchiaia, decesso e invalidità, indipendentemente dalla loro situazione economica e dal loro stato di salute al mo-

³⁰ *Ivi*, punto 17.

³¹ Sentenza del 15 marzo 1994 in causa n. C-45/93, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 911. Più di recente sentenza dell'11 settembre 2007 in causa n. C-318/05, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6957, punto 71 e massimata in questa *Rivista*, 2008, p. 92.

³² *Ivi*, punto 15.

³³ Sentenza del 17 febbraio 1993 in cause riunite n. C-159/91 e n. C-160/91, *Poucet e Pistre*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 637, punti 7-12.

mento dell'iscrizione»³⁴. L'importanza del principio solidaristico è stato ribadita anche nel caso *Cisal*, riguardante l'attività dell'INAIL, istituto incaricato della gestione del regime assicurativo contro gli incidenti sul lavoro e le malattie professionali. Anche in questa decisione, l'esclusione dell'attività in esame dall'ambito applicativo delle norme comunitarie è stata motivata facendo riferimento all'esistenza di un meccanismo fondato sulla solidarietà tra lavoratori più abbienti e quelli che, in ragione della loro minor capacità contributiva, avrebbero beneficiato di una copertura assicurativa inadeguata. Muovendo da tali considerazioni la Corte ha concluso che l'INAIL, contribuendo alla gestione di uno dei settori tradizionali della sicurezza sociale, svolge una funzione esclusivamente sociale e non può considerarsi un'impresa ai sensi del Trattato³⁵.

2.3 *L'ampliamento dell'ambito applicativo delle norme comunitarie e l'esclusione dei servizi sanitari dall'ambito applicativo della direttiva*

Il ragionamento proposto dal *considerando* 34 non esaurisce i problemi inerenti alla distinzione tra attività non aventi carattere economico e servizi e, di conseguenza, alla determinazione dell'ambito applicativo della direttiva. Soprattutto nel settore dei servizi sociali, permane, infatti, un'ampia area grigia, nella quale la distinzione tende a sfumare³⁶. Senza dubbio, la situazione di incertezza è per molti versi ineliminabile, essendo connaturata al carattere instabile di una distinzione che, come visto in precedenza e come riconosciuto anche nel *considerando* 34, deve essere necessariamente risolta caso per caso e non si presta a soluzioni aprioristiche.

Vi è, però, chi ritiene che l'argomento dell'«intrinseca instabilità» offra una spiegazione parziale, sottovalutando come il permanere di tale situazione di incertezza sia anche dovuto all'utilizzo da parte delle istituzioni comunitarie di criteri interpretativi "flessibili" che consentono loro di ampliare l'ambi-

³⁴ La Corte ha inoltre sottolineato come il regime soddisfacesse altre due dimensioni del principio di solidarietà: una generazionale, prevedendo che i contributi versati dai lavoratori in attività servissero a finanziare le pensioni dei lavoratori non più attivi, e una finanziaria, dal momento che i regimi eccedentari partecipano al finanziamento di quelli in difficoltà. In senso generale sul ruolo del principio di solidarietà nella disciplina dei servizi di interesse generale M. ROSS, *Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition?*, CMLR, 2007, p. 1057-1080; T. HERVEY, *Social Solidarity: A Buttress Against Internal Market Law?*, in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 31-47.

³⁵ Sentenza del 22 gennaio 2002 in causa n. C-218/00, *Cisal*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 717, punti 38-46 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 87. Sul punto E. MOAVERO MILANESI, *I servizi di interesse generale e di interesse economico generale*, in F. BESTAGNO - L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 95-96.

³⁶ S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne – Acquis et perspectives*, in J-V. LOUIS - S. RODRIGUES (sous la dir.), *Les services d'intérêt économique général*, cit. *supra*, nota 19, p. 432-433.

to applicativo delle norme comunitarie³⁷. Si fa riferimento, ad esempio, alle decisioni in materia di regimi previdenziali, nelle quali, a partire dalla citata sentenza *Poucet et Pistre*, si è preferito procedere all'identificazione delle attività aventi carattere economico attraverso l'utilizzo del principio solidaristico, piuttosto che, mantenendo l'impostazione seguita in alcune decisioni precedenti³⁸, escludere tutte le attività rientranti in questo ambito³⁹.

In effetti, l'applicazione del criterio impone il bilanciamento tra le diverse finalità perseguite attraverso l'organizzazione del servizio, al fine di determinare se prevalgano gli elementi di carattere sociale o quelli economici⁴⁰. Nel caso *Albany*, ad esempio, la Corte ha considerato «economiche» le attività di un fondo pensione incaricato della gestione di regimi pensionistici complementari, ritenendo che l'utilizzo del principio della capitalizzazione per determinare l'ammontare dei contributi e delle prestazioni erogate prevalesse su altre caratteristiche, quali l'obbligatorietà della partecipazione, che invece perseguivano finalità solidaristiche⁴¹. È evidente che in questo modo l'interprete gode di uno spazio di manovra piuttosto ampio nel determinare quali attività rientrino nell'ambito applicativo delle norme comunitarie e, più nello specifico, della direttiva. Tuttavia, le critiche all'adozione di criteri flessibili non possono condividersi appieno, posto che tale modo di procedere sembra l'unico in grado di consentire il necessario adeguamento della distinzione tra attività economiche e non ad una realtà in costante evoluzione.

La tendenza ad ampliare l'ambito applicativo delle norme comunitarie⁴², fino a comprendervi attività di interesse generale in passato escluse, costituisce motivo di forte preoccupazione tra gli Stati membri, i quali temono di veder ulteriormente ridotta la loro autonomia decisionale in questi ambiti. Il settore nel quale tale situazione suscita maggiori fibrillazioni è quello dei servizi

³⁷ B. J. DRIJBER, *Les services d'intérêt économique général et la libre prestation des services*, in J.-V. LOUIS - S. RODRIGUES (sous la dir.), *Les services d'intérêt économique général*, cit. supra, nota 19, p. 89.

³⁸ Sentenza del 7 febbraio 1984 in causa n. 238/82, *Duphar*, in *Raccolta*, 1984, p. 523, punto 16.

³⁹ E. SZYSZCZAK, *Public Service Provision in Competitive Markets*, in *Yearbook of European Law*, 20, 2002, p. 44-45.

⁴⁰ J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 182.

⁴¹ Sentenza del 21 settembre 1999 in causa n. C-67/96, *Albany*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5751. Si vedano, inoltre, sentenze del 21 settembre 1999 in cause riunite da n. C-115/97 a n. C-117/97, *Brenjens*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6025 e, in pari data, in causa n. C-219/97, *Drijvende Bokken*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6121. In argomento F. LOUCKX, *L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des systèmes de soins de santé nationaux*, in *Cah. dr. eur.*, 2008, p. 345-355.

⁴² L'impostazione è seguita soprattutto dalla Commissione, la quale nella Comunicazione sui servizi sociali di interesse generale, cit. supra, nota 25, p. 5, ha inteso rimarcare come «(...) la stragrande maggioranza dei servizi può essere considerata "attività economica" ai sensi delle norme del Trattato CE in materia di mercato interno».

sanitari, dove si è giunti, attraverso l'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi⁴³, al pieno riconoscimento di tutta una serie di diritti in capo al paziente che si rechi in un altro Stato membro per ricevere un trattamento sanitario⁴⁴.

Questo tipo di evoluzione è avvenuta attraverso il progressivo ampliamento della portata delle norme comunitarie, le quali trovano oggi applicazione sia nei confronti di prestazioni effettuate al di fuori di una struttura ospedaliera, sia per quelle ospedaliere. La Corte ha, inoltre, chiarito che nessuna rilevanza può essere riconosciuta alle modalità di finanziamento delle attività: nel caso *Smits e Peerbooms* è stato considerato avere natura economica un trattamento finanziato, per il tramite di convenzioni, dalle casse di assicurazione malattia olandesi e, dunque, senza alcun contributo da parte del beneficiario⁴⁵. La decisione si limitava ad applicare un principio consolidato nell'ordinamento comunitario, in base al quale il requisito della retribuzione può ritenersi soddisfatto anche nel caso in cui il servizio non sia pagato direttamente dal beneficiario⁴⁶. Tuttavia la pronuncia ha sollevato forti proteste da parte degli Stati membri, i quali sostenevano che le prestazioni ospedaliere fornite a titolo gratuito non potessero in alcun caso essere considerate «servizi» ai sensi del diritto comunitario.

⁴³ La natura economica dei servizi sanitari era già stata affermata nella sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 1984 in cause riunite n. 286/82 e n. 26/83, *Luisi e Carbone*, in *Raccolta*, 1984, I, p. 377 e in questa *Rivista*, 1984, p. 465 con commento di P. GRASSI, *Consolidamento della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e diritto valutario nazionale*, 1984, p. 481 ss.

⁴⁴ L'applicazione delle norme in materia di libera circolazione dei servizi ha determinato un sostanziale ampliamento dei diritti riconosciuti dal regolamento (Cee) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, in *Guce* n. L 149 del 5 luglio 1971. L'art. 22 del regolamento prevede, infatti, la possibilità di ricevere trattamenti sanitari in un Paese diverso da quello nel quale si è assicurati, potendo poi chiedere il rimborso al proprio sistema sanitario, ma solo dopo aver ottenuto l'autorizzazione (il c.d. modello E112) da parte delle competenti autorità nazionali. Facendo leva sulle norme in materia di libera circolazione dei servizi, la Corte ha stabilito il diritto per i cittadini europei di ottenere il rimborso dei costi sostenuti per trattamenti sanitari ricevuti in un altro Stato membro, senza necessità di alcuna autorizzazione, almeno per quanto riguarda i trattamenti non ospedalieri (sentenza del 28 aprile 1998 in causa n. C-158/96, *Kohll*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1931 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 55), mentre, per quanto riguarda i servizi ospedalieri, ha posto limiti stringenti alla discrezionalità di cui godono le autorità nazionali nel concedere l'autorizzazione (sentenza del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99, *Müller-Fauré*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4509 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 355), affermando che la stessa non possa comunque essere rifiutata quando il trattamento sia necessario e non disponibile in tempi ragionevoli nel proprio Stato di origine (sentenza 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). In argomento si vedano A. DAWES, *Bonjour Herr Doctor: National Healthcare Systems, the Internal Market and Cross-border Medical Care within the EU*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2006, p. 167-182; V. HATZOPOULOS, *Health Law and Policy. The Impact of the EU*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 125-137.

⁴⁵ Sentenza del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5423, punto 55 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 690.

⁴⁶ Il principio era già stato affermato in un caso relativo ai servizi televisivi: sentenza del 18 marzo 1980 in causa n. 52/79, *Debauve*, in *Raccolta*, 1980, p. 409.

La volontà degli Stati di sottrarre il settore sanitario dall'ambito applicativo delle norme comunitarie sul mercato interno ha trovato accoglimento nella direttiva "Servizi". La lett. *f.* dell'art. 2 sancisce, infatti, l'esclusione dei servizi sanitari, precisando, quasi in risposta alla giurisprudenza sopra richiamata, che questo avviene «indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata». L'esclusione non sembra, però, in grado di garantire il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dai suoi sostenitori, avendo effetti limitati dal punto di vista sostanziale. La scelta di sottrarre i servizi sanitari dall'applicazione della direttiva non potrà, infatti, impedire ai beneficiari di tali servizi di invocare le norme di diritto primario e secondario, o i principi elaborati in via giurisprudenziale, che riconoscono loro una serie già molto ampia di diritti⁴⁷. Gli effetti più rilevanti dell'esclusione si avranno sul piano della concreta applicazione dei diritti, ad esempio impedendo ai pazienti di beneficiare della semplificazione delle procedure e delle garanzie previste dalla direttiva a vantaggio dei destinatari dei servizi⁴⁸. Secondo alcuni⁴⁹, la scelta di escludere i servizi sanitari è, però, giustificata dalla complessità e dall'importanza della materia, la quale non si presta ad essere compresa in una direttiva avente carattere orizzontale, richiedendo l'elaborazione di una disciplina specifica⁵⁰.

3. La libertà di stabilimento ai sensi della direttiva "Servizi" ed i servizi di interesse economico generale

Passando ora ad esaminare la disciplina sostanziale, il primo ambito che si intende prendere in considerazione è quello della libertà di stabilimento, disciplinata nel Capo III della direttiva. L'analisi si concentra sulle norme che

⁴⁷ Una simile impostazione è esclusa dalla direttiva stessa, il cui art. 3, par. 3, prevede che «gli Stati membri [applicano] le disposizioni della presente direttiva nel rispetto delle norme del Trattato che disciplinano il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei servizi».

⁴⁸ Sugli effetti dell'esclusione dei servizi sanitari si vedano C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, cit. *supra*, nota 3, p. 343-344; V. HATZOPOULOS, *Que reste-il de la directive sur les services?*, cit. *supra*, nota 7, p. 329-330.

⁴⁹ R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Services in the Internal Market applied to Healthcare Services*, Paper presented for the public hearing in the European Parliament, 11 November 2004 in http://www.europarl.europa.eu/hearings/20041111/imco/baeten_en.pdf.

⁵⁰ Il 2 luglio 2008, la Commissione ha presentato una Proposta di direttiva sull'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera (Com(2008)414 def.). La proposta si compone di tre parti principali: la prima fissa alcuni principi generali che dovranno essere introdotti in tutti i sistemi sanitari nazionali, la seconda istituisce un sistema per la cooperazione tra le istituzioni nazionali competenti in materia, mentre la terza disciplina la questione della libera circolazione dei pazienti e il connesso problema del rimborso delle spese mediche sostenute in un altro Stato membro.

regolano l'utilizzo da parte degli Stati di requisiti che limitino l'accesso ad un'attività o il suo esercizio sul loro territorio, distinguendoli tra quelli vietati in ogni caso e quelli da valutare. L'obiettivo è approfondire se, ed in che modo, venga affrontato il problema del rapporto fra l'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento e la tutela della missione di interesse generale affidata ai servizi in esame. Più in dettaglio, si intende esaminare la coerenza, nonché la compatibilità, delle soluzioni adottate dalla direttiva rispetto all'*acquis* comunitario e, in particolare, all'art. 86 CE.

3.1 *Requisiti vietati e servizi di interesse economico generale*

L'art. 14 prevede che gli Stati non possano subordinare l'accesso o l'esercizio di un'attività ad una serie di requisiti, i quali devono, perciò, ritenersi in ogni caso vietati. La lista costituisce, ancora una volta, la codificazione della giurisprudenza comunitaria in materia⁵¹, prendendo spunto da decisioni adottate anche successivamente alla presentazione della Proposta da parte della Commissione nel 2004⁵².

La disposizione non prevede alcun tipo di deroga per i servizi di interesse economico generale. La scelta non può che essere condivisa, posto che, in questo caso, non si pone un problema di contemperamento tra diversi interessi, quanto piuttosto l'esigenza di tutelare alcuni dei principi fondamentali su cui si fonda l'ordinamento comunitario. L'unica eccezione prevista riguarda le condizioni di reciprocità, il cui utilizzo è ammesso nel settore dell'energia, ma solo se previsto da un atto comunitario⁵³. Si tratta, dunque, di una deroga circoscritta, sia dal punto vista oggettivo, essendo limitata ad un singolo settore, sia dal punto di vista soggettivo, potendo essere azionata solo in seguito all'intervento delle istituzioni comunitarie.

3.2 *Requisiti da valutare e servizi di interesse economico generale*

a. *La clausola di deroga prevista all'art. 15, par. 4*

La seconda parte della sezione disciplina l'utilizzo di requisiti che, non avendo carattere discriminatorio ed essendo considerati meno restrittivi per l'accesso o l'esercizio di un'attività di servizi, non sono vietati in modo assoluto. Ai sensi dell'art. 15, gli Stati membri hanno solo l'obbligo di valutarne la confor-

⁵¹ C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, cit. *supra*, nota 3, p. 356-357.

⁵² In argomento S. D'ACUNTO, *Directive Services (2006/123/CE)*, cit. *supra*, nota 10, p. 288.

⁵³ Si vedano, ad esempio, l'art. 21 della 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 e che abroga la direttiva n. 96/92/CE, in *Gu-Ue* n. L 176 del 15 luglio 2003, p. 37 e l'art. 23 della direttiva n. 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva n. 98/30/CE, in *Gu-Ue* n. L 176 del 15 luglio 2003, p. 57.

mità rispetto alle condizioni di cui al par. 3 e, se del caso, procedere alle necessarie modifiche a livello legislativo, regolamentare o di prassi amministrativa⁵⁴.

Alcuni di questi requisiti, quale l'imposizione delle tariffe massime applicabili dal prestatore, sono largamente utilizzati dagli Stati nell'organizzazione dei servizi di interesse economico generale. Per evitare che l'intervento della direttiva potesse incidere negativamente sul perseguimento di obiettivi aventi carattere generale si è, quindi, deciso di introdurre una specifica clausola di deroga. In questo caso, precisa il par. 4, l'applicazione degli obblighi previsti nei paragrafi è ammessa solo in quanto «non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione [...] affidata» ai servizi in esame.

La norma riprende in buona sostanza quanto previsto dall'art. 86, par. 2, CE rispetto alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale⁵⁵. Tale ultima disposizione, collocata nel titolo del Trattato dedicato alle norme sulla concorrenza, ha un ambito di operatività più ampio, essendo esplicitamente ammessa la possibilità di una sua applicazione rispetto a tutte le norme di diritto primario che ostino all'adempimento della missione di interesse generale⁵⁶. La clausola risulta applicabile anche nei confronti degli atti di diritto derivato, nella misura in cui questi si fondino sulle «norme del presente Trattato».

Il richiamo esplicito alla clausola di deroga, inserito nella direttiva per volontà del Parlamento europeo, non traspone, però, l'art. 86, par. 2, nella sua interezza, mancando il riferimento alla necessità che l'esclusione dei servizi di interesse economico generale non comprometta «lo sviluppo degli scambi (...) in misura contraria agli interessi della Comunità». Questa parte della disposizione⁵⁷ conferma come l'obiettivo di tutelare il funzionamento dei servizi di interesse economico generale non possa comunque comportare una deroga ai principi fondamentali su cui si fonda il processo di integrazione. L'omissione sembrerebbe indicare la volontà da parte dei redattori della direttiva, Parlamento europeo in testa, di superare questo tipo di limiti, riconoscendo alla salvaguardia della missione di interesse generale un carattere quasi assoluto.

La questione perde gran parte della sua urgenza se letta alla luce del ruolo poco rilevante che la condizione della compatibilità con gli interessi comuni-

⁵⁴ Il par. 5 prevede, inoltre, che gli Stati debbano giustificare la decisione di mantenere tali requisiti nella relazione di valutazione reciproca ex art. 39, par. 1.

⁵⁵ Per la dottrina sull'art. 86, par. 2, vedi *supra*, nota 9.

⁵⁶ Sentenza del 23 ottobre 1997 in causa n. C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 5699, punto 31. Sul punto J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit. *supra*, nota 40, p. 186.

⁵⁷ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Paris, TEC & DOC, 2002, p. 532 osserva come la prima parte della disposizione abbia natura oggettiva, riguardando il danno agli scambi comunitari, mentre la seconda sia di carattere soggettivo, implicando la determinazione dell'interesse della Comunità.

tari ha tradizionalmente rivestito nell'applicazione dell'art. 86, par. 2⁵⁸. La Corte ha riservato a questo elemento un'attenzione limitata⁵⁹, preferendo fare riferimento ad altri requisiti⁶⁰, questi debitamente richiamati dall'art. 15, par. 4, della direttiva, per garantire la compatibilità delle misure statali adottate a tutela dei servizi di interesse economico generale con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. L'omissione non sembra, perciò, introdurre alcun elemento di novità sostanziale sul punto, lasciando intatta la capacità della Corte di esercitare il proprio controllo sulle decisioni assunte dalle autorità nazionali.

b. Le condizioni di applicabilità dell'art. 15, par. 4: a. il carattere ostativo delle norme in materia di libertà di stabilimento

L'art. 15, par. 4, consente di derogare ai requisiti fissati nei par. 1, 2, e 3 nel caso in cui la loro applicazione «osti all'adempimento» della «specifica missione [...] affidata» ai servizi di interesse economico generale. Queste condizioni ricalcano, sebbene articolate in modo diverso, quelle della prima frase dell'art. 86, par. 2. Per comprenderne appieno la portata è, perciò, utile fare riferimento alla copiosa giurisprudenza, nonché alla prassi delle altre istituzioni comunitarie, relativa all'applicazione di tale ultima disposizione⁶¹.

In prima battuta, la clausola di deroga prevista dall'art. 15, par. 4, opera solo nel caso in cui l'eventuale applicazione dei requisiti previsti nei paragrafi precedenti osti all'adempimento della missione di interesse generale. Il problema dell'interpretazione del verbo «ostare» è stato affrontato a più riprese in riferimento all'art. 86, par. 2, rappresentando l'elemento cardine, e di gran lunga più problematico⁶², della disposizione. L'utilizzo di una concezione più

⁵⁸ J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit. supra, nota 40, p. 173. L'A. sostiene che «[i]t is debatable whether the final sentence of Article 86(2) (development of trade) constitutes an autonomous criterion or a mere qualification of the third criterion, but the latter option seems to me correct».

⁵⁹ Basti osservare che il requisito non è stato neppure preso in considerazione in nessuno dei *grand arrêts* relativi all'applicazione dell'art. 86, par. 2, quali, ad esempio, la sentenza del 27 aprile 1994 in causa n. C-393/92, *Almelo*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1477 e in questa *Rivista*, 1994, p. 701 e la sentenza del 19 maggio 1993 in causa n. C-320/91, *Paul Corbeau*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2533.

⁶⁰ Si fa riferimento al carattere ostativo della norma del Trattato e all'esistenza di una specifica missione affidata ai servizi di interesse economico generale. Questi requisiti saranno analizzati nei paragrafi successivi.

⁶¹ La possibilità di fare riferimento alla giurisprudenza sull'art. 86, par. 2 per l'interpretazione dell'art. 15, par. 4 non sembra essere in alcun modo influenzata dal fatto che questa si sia sviluppata soprattutto in riferimento all'applicazione delle norme sulla concorrenza, visto che, come osservato da parte della dottrina, la Corte tende ad utilizzare il medesimo approccio adottato in questo ambito anche per quanto riguarda le norme sul mercato interno. Sul punto B. J. DRIBER, *Les services d'intérêt économique général*, cit. supra, nota 37, p. 83.

⁶² Parte della dottrina spiega le difficoltà interpretative facendo riferimento alle differenze rinvenibili a livello testuale tra le diverse versioni linguistiche del Trattato. La versione francese, ad esempio, utilizza la locuzione «faire échec», traducibile con «rendere impossibile», mentre altre

rigorosa del termine restringe, infatti, la portata della clausola di deroga, incidendo sul rapporto tra le esigenze del mercato e la tutela della specificità di servizi che perseguono un interesse generale.

Nel corso del tempo, l'interpretazione del termine ha conosciuto un'evoluzione significativa da alcuni considerata, ad ulteriore conferma della sua importanza dal punto di vista sistematico, uno dei fattori principali del mutato atteggiamento delle istituzioni comunitarie nei confronti dei servizi di interesse economico generale, non più considerati un ostacolo per la piena realizzazione del mercato interno, ma uno dei pilastri del modello europeo di società⁶³. La tendenza prevalente, sebbene non priva di contraddizioni⁶⁴, è andata nel senso di una minore severità nell'interpretazione del concetto, ampliando, perciò, la portata della clausola di deroga. In effetti, le prime decisioni adottate dalla Corte sull'applicazione dell'allora art. 90, par. 2, CE si caratterizzavano per l'estremo rigore utilizzato nel valutare il carattere ostativo delle norme comunitarie rispetto al soddisfacimento della missione di interesse generale. Nella sentenza *Sacchi*, ad esempio, i giudici comunitari avevano affermato che la mancata applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza potesse giustificarsi solo nel caso in cui queste fossero «incompatibil[i] con lo svolgimento dei compiti» affidati agli enti incaricati della gestione del servizio televisivo⁶⁵. In altre parole, come specificato dalla Commissione nella decisione *Navewa-Anseau*, «non basta che il rispetto delle disposizioni del trattato complichino l'adempimento di questa specifica missione» essendo, invece, necessario dimostrare l'assenza di «[un] altro mezzo tecnicamente possibile ed economicamente realizzabile per assolvere alla sua missione»⁶⁶.

versioni fanno ricorso ad espressioni meno rigorose, come nel caso della versione inglese («obstruct») o portoghese («não constitua obstaculo»). Sul punto J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit. *supra*, nota 40, p. 185.

⁶³ T. PROSSER, *Competition Law and Public Services: from Single Market to Citizenship Rights?*, in *European Public Law*, 11(4), 2005, p. 549. Il concetto è stato ribadito a più riprese dalla Commissione in tutti i suoi interventi recenti sul punto; si veda, per tutti, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Libro Bianco sui servizi di interesse generale*, Com(2004)374 def. del 12 maggio 2004, par. 2.1.

⁶⁴ In alcune decisioni della seconda metà degli anni Novanta la Corte utilizza, infatti, un approccio restrittivo molto simile a quello che aveva caratterizzato la sua giurisprudenza nel periodo precedente. Si veda, ad esempio, sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 1997 in causa n. C-55/96, *Job Centre*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 7119, punto 26 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*, p. 167 ss. In dottrina sul punto si veda J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit. *supra*, nota 40, p. 187.

⁶⁵ Sentenza del 30 aprile 1974 in causa n. 155/73, *Sacchi*, in *Raccolta*, p. 409, punto 15 e in questa *Rivista*, 1974, p. 85 ss. con commento di W. DONÀ VISCARDINI, *Il regime televisivo italiano e il diritto comunitario (nota a sentenza della Corte di Giust. Com. Eur. del 30 aprile 1974)*, p. 89 ss. In senso analogo sentenza dell'11 aprile 1989 in causa n. 66/86, *Ahmed Saeed*, in *Raccolta*, 1989, p. 803, punti 55-58 dove si fa riferimento alla necessità di dimostrare che la deroga è «indispensabile» per il perseguimento della missione di interesse generale.

⁶⁶ Decisione della Commissione del 17 dicembre 1981, *Navewa-Anseau*, in *Guce* n. L 167 del 15 giugno 1982, p. 39-52, punto 62.

Nel periodo successivo, anticipando i mutamenti che riguarderanno il settore a livello normativo⁶⁷, si fa strada un approccio meno restrittivo, il quale appare decisamente più in linea con le finalità di una disposizione che mira a «contemperare l'interesse degli Stati membri (...) con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune»⁶⁸. Il punto di svolta⁶⁹ è generalmente individuato nella sentenza *Corbeau*⁷⁰, un caso relativo alla liberalizzazione del settore postale belga. Qui la Corte ammise, per la prima volta, l'applicabilità della clausola di deroga anche solo per «consentire al titolare del diritto esclusivo di esercitare la sua funzione di interesse generale e, in particolare, di beneficiare di condizioni economicamente accettabili»⁷¹. Nella sentenza *Almelo*, di poco successiva, i giudici comunitari specificarono che l'applicazione della deroga è consentita se necessaria «per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell'impresa incaricata. A questo proposito, si deve tenere conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare e delle normative, soprattutto in materia di ambiente, alle quali è soggetta»⁷². Queste pronunce hanno rappresentato un punto di riferimento importante per l'evoluzione giurisprudenziale successiva, contribuendo in modo decisivo al consolidamento di un'impostazione più attenta alla dimensione sociale dei servizi in esame⁷³.

L'approccio adottato in riferimento all'art. 86, par. 2, si fonda sull'appli-

⁶⁷ Si fa riferimento, in prima battuta, all'introduzione dell'art. 16 CE avvenuta con il Trattato di Amsterdam del 1997 il quale prevede che i servizi di interesse economico generale debbano considerarsi «valori comuni dell'Unione». M. ROSS, *Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation*, in *European Law Review*, 2000, p. 34 considera l'articolo «a critical step in the concretising of non-market (or post-market) concerns (...)»; sul punto si vedano anche le considerazioni di M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 441-471. Un altro elemento rilevante in questo senso è l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel 2000 e destinata a divenire uno strumento giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Sull'art. 36 si veda, per tutti, O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 633-651.

⁶⁸ Sentenza del 23 ottobre 1997 in causa n. C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, cit. *supra*, nota 56, punto 39.

⁶⁹ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit. *supra*, nota 57, p. 526.

⁷⁰ E. SZYSZCZAK, *Public Service Provision*, cit. *supra*, nota 39, p. 49.

⁷¹ Sentenza del 19 maggio 1993 in causa n. C-320/91, *Corbeau*, cit. *supra*, nota 59, punto 16.

⁷² Sentenza del 27 aprile 1994 in causa n. C-393/92, *Almelo*, cit. *supra*, nota 59, punto 49.

⁷³ Le considerazioni sviluppate in *Corbeau* e in *Almelo* sono state riprese in numerose sentenze anche recenti, quale, ad esempio, la sentenza del 15 novembre 2007 in causa n. C-162/06, *International Mail Spain*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9911, punti 33-35 dove si afferma che «[a] questo proposito emerge dalla [giurisprudenza *Corbeau*] che non è necessario che risulti minacciato l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un SIEG. È sufficiente che, in mancanza dei diritti controversi, possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa o che il mantenimento di tali diritti sia necessario per consentire al loro titolare di adempiere alle funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili».

cazione di un *test* di necessità affievolito e non, contrariamente a quanto affermato da più parti⁷⁴, di un vero e proprio *test* di proporzionalità⁷⁵ fondato sulla triplice dimostrazione dell'esistenza di un nesso causale tra la misura e l'obiettivo, di un ragionevole equilibrio tra la restrizione e il beneficio e, soprattutto, dell'impossibilità di raggiungere l'obiettivo attraverso uno strumento meno restrittivo. Fatti salvi alcuni casi isolati⁷⁶, la Corte ha, infatti, accuratamente evitato di fare riferimento a quest'ultimo elemento, limitandosi a valutare se la misura fosse oggettivamente necessaria, o, al più, adatta al raggiungimento dell'obiettivo perseguito⁷⁷. In alcuni casi, tra i quali i già citati *Corbeau* ed *Almelo*, l'utilizzo da parte dei giudici dell'impostazione meno severa è avvenuto nonostante i rispettivi Avvocati Generali avessero sostenuto l'opportunità di un'applicazione rigorosa del *test* tripartito di proporzionalità⁷⁸. La scelta costituisce, come specificato nel caso *Albany*⁷⁹, un'esplicazione del principio di sussidiarietà, lasciando agli Stati membri la libertà, ma anche la responsabilità, di organizzare i servizi di interesse economico generale secondo le modalità che essi considerano più confacenti alle loro necessità economiche e sociali o alle loro tradizioni culturali.

L'impostazione liberale, fondata su un'interpretazione ampia del verbo «ostare» e sull'applicazione del *test* di necessità, risulta attualmente prevalente nella giurisprudenza comunitaria relativa alla prima condizione di applicabilità dell'art. 86, par. 2, CE. È prevedibile che lo stesso avvenga anche per quanto riguarda l'art. 15, par. 4, della direttiva per tre ordini di ragioni. Prima di tutto vi è il dato testuale, visto che, almeno per quanto riguarda la prima condizione, la clausola di deroga della direttiva riprende in modo puntuale quella del Trattato. In seconda battuta, sussiste anche in questo caso la necessità di un'interpretazione sufficientemente flessibile che consenta un adeguato bilanciamento tra la libertà di stabilimento e le esigenze di attività che perse-

⁷⁴ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Guce* n. C 17 del 19 gennaio 2001, p. 4, par. 23.

⁷⁵ In questo senso J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit. supra, nota 40, p. 191-194; V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, cit. supra, nota 9, p. 57; S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit. supra, nota 57, p. 525.

⁷⁶ Sentenza del 13 dicembre 1991 in causa n. C-18/88, *RTT*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5973.

⁷⁷ Sentenza del 23 ottobre 1997 in causa n. C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, cit. supra, nota 56, punto 58 dove si afferma che «benché spetti allo Stato membro che si richiami all'art. 90, n. 2, dimostrare che ricorrono i presupposti per l'applicazione della norma, tale onere della prova non può tuttavia estendersi fino a pretendere dallo Stato membro – allorché espone in maniera circostanziata le ragioni per cui, in caso di abolizione dei provvedimenti censurati, risulterebbe pregiudicato l'assolvimento, in condizioni economicamente accettabili, delle mansioni di interesse economico generale di cui ha incaricato un'impresa – di andare ancor oltre per dimostrare, in positivo, che nessun altro provvedimento immaginabile, per definizione ipotetico, potrebbe garantire l'assolvimento di tali funzioni alle stesse condizioni».

⁷⁸ Sentenza del 27 aprile 1994 in causa n. C-393/92, *Almelo*, cit. supra, nota 59, conclusioni dell'Avvocato Generale Darmon, punto 147; sentenza del 19 maggio 1993 in causa n. C-320/91, *Corbeau*, cit. supra, nota 59, conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro, punto 14.

⁷⁹ Sentenza del 21 settembre 1999 in causa n. C-67/96, *Albany*, cit. supra, nota 41, punto 122.

guono obiettivi di natura non meramente commerciale. Da ultimo, analogamente a quanto osservato per l'art. 86, par. 2, anche l'applicazione della direttiva deve avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà, evitando, in particolare, che il controllo sulle scelte delle autorità nazionali si traduca in un'indebita restrizione della discrezionalità statale nell'organizzazione dei servizi di interesse economico generale. Il ricorso al *test* di necessità appare, perciò, la scelta preferibile, anche alla luce di quanto previsto all'art. 1 dell'atto in esame, dove si ribadisce che l'applicazione della direttiva lascia impregiudicata la libertà per gli Stati membri di definire in che modo i servizi di interesse economico generale debbano essere organizzati.

c. l'esistenza di una specifica missione affidata ai servizi di interesse economico generale

Condizione perché le disposizioni nazionali relative ai servizi di interesse economico generale possano beneficiare della deroga prevista dall'art. 15, par. 4, è che l'effetto ostativo descritto nel paragrafo precedente riguardi «la specifica missione (...) affidata» a questi servizi. La formulazione riprende quella dell'art. 86, par. 2, CE, sebbene, in questo caso, non si faccia riferimento ai prestatori dei servizi di interesse economico generale, ma direttamente alle attività. La differenza non incide dal punto di vista pratico, posto che, come già per la clausola di deroga prevista dal Trattato, anche in questa circostanza si intende fare riferimento a quelle funzioni di carattere economico e sociale tradizionalmente perseguite attraverso l'organizzazione delle attività in esame⁸⁰.

Il primo aspetto sul quale occorre soffermarsi riguarda l'individuazione della missione di interesse generale, compito che, come affermato a più riprese dalla Commissione in riferimento all'art. 86, par. 2, CE, spetta alle autorità degli Stati membri. L'art. 1 della direttiva codifica il principio, precisando, però, come la definizione debba avvenire «in conformità del diritto comunitario». L'inciso conferma che la libertà statale nell'identificazione delle missioni di interesse generale non sia assoluta, ma debba sottostare ai requisiti elaborati dalle istituzioni comunitarie. In particolare, l'azione congiunta di Corte e Commissione ha portato all'individuazione di una serie di elementi che devono necessariamente caratterizzare l'attività perché questa possa qualificarsi di interesse economico generale. Si tratta, ad esempio, della continuità nella fornitura, della qualità del servizio o dell'accessibilità e dell'uniformità delle tariffe, condizioni che informano tutta la normativa comunitaria in materia e che sono considerate una manifestazione del nascente «concetto comunitario

⁸⁰ Il *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, cit. *supra*, nota 63, par. 2.1, osserva che «i servizi di interesse generale rimangono essenziali per garantire la coesione sociale e territoriale e salvaguardare la competitività dell'economia europea».

di servizi di interesse economico generale»⁸¹.

La progressiva affermazione di tale concetto è dovuta in larga misura all'azione della Corte, sebbene il suo controllo sulle scelte effettuate a livello nazionale dovrebbe, a detta anche della Commissione, essere limitato ai soli casi «di errore manifesto»⁸². Parte della dottrina sostiene, però, che la Corte sia andata al di là di quanto originariamente previsto, manifestando «nel tempo la tendenza a sindacare non solo il "come" dell'esercizio del servizio, ma anche il "se", ovvero la possibilità o meno di qualificare un'attività come di interesse generale». Questo perché «[l]'elaborazione dei criteri di valutazione [...] sembra costituire [...] un indice della sottrazione agli Stati della libertà di stabilire cosa risponda alle esigenze generali dei propri cittadini»⁸³.

In realtà, l'analisi della giurisprudenza in materia di art. 86, par. 2, non sembrerebbe giustificare questo tipo di preoccupazioni. Sono piuttosto rari i casi nei quali la Corte ha rigettato la qualificazione data a livello nazionale di una certa attività perché la missione affidata mancava dei requisiti necessari. Prevale, invece, la tendenza ad adottare un'accezione estensiva del concetto di «missione di interesse generale», riconoscendo la sua sussistenza rispetto ad un insieme molto eterogeneo di attività⁸⁴ e riducendo al minimo il livello di scrutinio sulle decisioni delle autorità nazionali⁸⁵. Si ritiene che questa stessa impostazione possa trovare dimora anche rispetto all'art. 15, par. 4, della direttiva, lasciando agli Stati un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione della specifica missione da affidare ai servizi di interesse economico generale, ma, al tempo stesso, vigilando per evitare che questo possa essere utilizzato per sottrarsi agli obblighi in materia di stabilimento.

Sulla scorta di quanto previsto dall'art. 86, par. 2, CE, anche l'art. 15, par. 4, sancisce che la missione specifica debba essere «affidata». La Corte ha precisato che il conferimento deve necessariamente avvenire attraverso un atto formale adottato dalle autorità pubbliche⁸⁶ e diretto nei confronti del prestatore⁸⁷. Il punto trova accoglimento al *considerando* 70, dove si legge che

⁸¹ *Libro verde sui servizi di interesse generale*, cit. *supra*, nota 27, par. 49-64.

⁸² Comunicazione della Commissione concernente *I servizi di interesse generale in Europa*, cit. *supra*, nota 74, par. 22.

⁸³ V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, cit. *supra*, nota 9, p. 51.

⁸⁴ Per una rassegna dei casi M. DONY, *Les notions de "service d'intérêt général"*, cit. *supra*, nota 19, p. 19-21.

⁸⁵ In questo senso M. DONY, *Les notions de "service d'intérêt général"*, loc. cit., p. 21; S. RODRIGUES, *La nouvelle réglementation*, cit. *supra*, nota 57, p. 125.

⁸⁶ Non è necessario che l'atto sia adottato dall'amministrazione centrale, essendo ovviamente ammessa la possibilità di atti di conferimento decisi a livello locale o regionale. Sul punto decisione della Commissione, del 17 dicembre 1981, *Navewa-Anseau*, cit. *supra*, nota 66, punto 65.

⁸⁷ Il riferimento al requisito è rinvenibile già in sentenze risalenti, quali la sentenza dell'11 aprile 1989 in causa n. 66/86, *Ahmed Saeed*, cit. *supra*, nota 65, punto 55 e la sentenza del 27 marzo 1974 in causa n. 127/73, *BRT-II*, in *Raccolta*, 1974, p. 313, punto 20 e in questa *Rivista*, 1974, p. 69. Sul punto, S. RODRIGUES, *La nouvelle réglementation*, cit. *supra*, nota 57, p. 490-494.

l'«affidamento dovrebbe essere effettuato mediante uno o più atti, la cui forma è stabilita da ciascuno Stato membro (...)». Anche per quanto riguarda la direttiva, ciò che rileva non è la forma dell'atto⁸⁸, il quale può avere natura legislativa, regolamentare o anche contrattuale⁸⁹, ma il suo contenuto⁹⁰. Analogamente a quanto avviene per l'art. 86, par. 2, il giudice sarà, infatti, chiamato a determinare se l'atto abbia effettivamente incaricato il prestatore di adempiere alla missione di interesse generale, non potendo ritenersi sufficiente, neppure in tale contesto, il mero esercizio "di fatto" di siffatte funzioni⁹¹.

4. Libera prestazione dei servizi e servizi di interesse economico generale nella direttiva

4.1 L'esclusione dei servizi di interesse economico generale

La prestazione di servizi si caratterizza per la natura temporanea dell'attività, differenziandosi, quindi, da quanto avviene nei casi in cui il prestatore si stabilisca in un altro Stato membro per prestare un'attività lavorativa non subordinata. Il riferimento alla temporaneità quale criterio di distinzione tra prestazione di servizi e stabilimento costituisce un punto fermo della giurisprudenza comunitaria⁹² ed è ribadito anche al *considerando* 77 della direttiva.

La disciplina della libera prestazione dei servizi è stata al centro di accessi dibattiti nel corso del processo di adozione della direttiva, essendo questo l'ambito nel quale era prevista l'applicazione del tanto contestato principio del Paese di origine⁹³. Come noto, in seguito all'intervento del Parlamento europeo tale principio è stato abbandonato, a favore di quello della libera pre-

⁸⁸ Si noti che nella sentenza della Corte di giustizia del 10 febbraio 2000 in causa n. C-147/97 e n. C-148/97, *Deutsche Post*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 825, punto 55 si ammette che l'affidamento possa anche derivare da un atto di diritto internazionale, in questo caso la Convenzione postale universale adottata a Washington nel 1989, nella misura in cui questo sia stato oggetto di recepimento nell'ordinamento interno dello Stato membro. La sentenza è massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 85 con nota di F. CAPELLI, *Può costare caro far spedire la posta da un Paese diverso da quello nel quale il mittente e il destinatario sono domiciliati*, p. 86.

⁸⁹ Sentenza del 27 aprile 1994 in causa n. C-393/92, *Almelo*, *cit. supra*, nota 59, punto 47.

⁹⁰ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, *cit. supra*, nota 57, p. 491.

⁹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 1983 in causa n. 7/82, *GVL*, in *Raccolta*, 1983, p. 483, punti 31-32 e in questa *Rivista*, 1983, p. 477.

⁹² Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165, punti 26-28 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 ss.. In argomento, per tutti, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 20, p. 563; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, *cit. supra*, nota 20, p. 173-174; E. GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV ed., vol. XIV, Torino, UTET, 1999, p. 494.

⁹³ Per un'analisi fortemente critica di questa sezione C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, *cit. supra*, nota 3, p. 360-371.

stazione dei servizi, già previsto nel Trattato CE⁹⁴. La versione definitiva dell'art. 16 si limita a prevedere l'obbligo per gli Stati di rispettare il diritto dei prestatori di fornire un servizio in un Paese diverso da quello in cui sono stabiliti, garantendo loro il libero accesso e il libero esercizio dell'attività.

Presenta, invece, carattere innovativo la disciplina delle deroghe al principio. L'art. 16⁹⁵ prevede che gli Stati possano restringere l'accesso o l'esercizio di un'attività di servizi sul loro territorio solo attraverso l'adozione di misure non discriminatorie, giustificate da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente, e proporzionali all'obiettivo perseguito⁹⁶. In una sola disposizione normativa, si fa, dunque, riferimento sia ai requisiti previsti dal Trattato per l'adozione di misure distintamente applicabili, sia alle condizioni elaborate dalla Corte per le misure restrittive indistintamente applicabili⁹⁷. Ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, ai quali viene aggiunta la tutela dell'ambiente, sono, infatti, i motivi previsti dall'art. 46 CE per l'applicazione di «disposizioni (...) che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri»⁹⁸. L'art. 16 della direttiva conferma la possibilità per gli Stati di invocarli, ma solo a giustificazione di misure non discriminatorie.

Così formulata la disposizione determina, in controtendenza rispetto all'obiettivo perseguito dal Parlamento europeo, una duplice restrizione della possibilità per gli Stati di derogare al principio della libera prestazione dei servizi. Da un lato, non appare più ammissibile il ricorso a misure discriminatorie, non essendo questa possibilità prevista dalla disposizione in esame. Dall'altro, viene sensibilmente ridotto il novero dei motivi invocabili per giustificare l'adozione di misure restrittive non discriminatorie⁹⁹. L'art. 16, infatti, non fa riferimento alla nozione aperta di «motivi imperativi di interesse generale»¹⁰⁰, ma si limita a richiamarne alcuni in modo specifico. La scelta di

⁹⁴ M. MIRANDA, *Dal principio del paese di origine alla clausola "libera prestazione di servizi", l'art. 16 della direttiva 2006/123/CE. Quali novità per la libera circolazione dei servizi nel mercato interno?*, in *Mercato e impresa*, Europa, 2, 2007, p. 918-933.

⁹⁵ V. HATZOPOULOS, *Que reste-il de la directive sur les services?*, cit. *supra*, nota 7, p. 321 osserva come l'art. 16 dedichi maggiore attenzione «à justifier des restrictions nationales à la libre prestation des services plutôt que de les abolir».

⁹⁶ In generale sulle eccezioni B. NASCIBENE, *Le eccezioni ai principi. Interessi generali ed ordine pubblico*, in F. BESTAGNO - L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, cit. *supra*, nota 35, p. 42-70.

⁹⁷ Sul punto G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 20, p. 577.

⁹⁸ La norma, inserita nel Capo dedicato alla libertà di stabilimento, è applicabile anche alla libera prestazione dei servizi per via del richiamo fatto dall'art. 55 CE.

⁹⁹ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 20, p. 582.

¹⁰⁰ Come previsto anche dall'art. 4, par. 8, della direttiva, la nozione copre un insieme ampio di motivi, «tra i quali: ordine pubblico, sicurezza, pubblica, sanità pubblica, mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, tutela dei consumatori, dei destinatari dei servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del

disciplinare l'esercizio del potere di deroga da parte degli Stati in modo più severo rispetto a quanto previsto dal Trattato non costituisce affatto una novità nel processo di integrazione europea e non pone problemi di compatibilità tra la norma della direttiva e una fonte di rango superiore¹⁰¹. La soluzione, inoltre, appare pienamente in linea con l'obiettivo della direttiva, contribuendo alla realizzazione del mercato interno dei servizi¹⁰².

Una soluzione analogamente innovativa, ma decisamente meno comprensibile dal punto di vista della coerenza sistematica, è quella adottata in materia di servizi di interesse economico generale. L'art. 17, par. 1, esclude, infatti, l'applicabilità dell'art. 16 e, dunque, del principio della libera prestazione dei servizi a questo tipo di attività quando siano fornite in un altro Stato membro.

La clausola di deroga prevista all'art. 17 copre tutti i servizi di interesse economico generale e, in particolare, il settore postale, quello dell'energia elettrica, del gas, i servizi di distribuzione dell'acqua, di gestione delle acque reflue e il trattamento dei rifiuti. L'elenco ha carattere meramente esemplificativo e non esaustivo: l'utilizzo della locuzione «fra cui», introdotta per iniziativa del Parlamento, non lascia dubbi a questo proposito. Non può, perciò, condividersi quanto sostenuto da alcuni autori¹⁰³, i quali hanno proposto di limitare la portata applicativa della clausola di deroga ai soli settori esplicitamente previsti nell'elenco, in modo da ridurre al minimo il *vulnus* inferto ad un principio fondamentale del Trattato. La proposta, per quanto giustificata da motivazioni condivisibili, non è ricevibile, concretandosi in una lettura *contra legem* della disposizione.

L'elenco prende in considerazione attività eterogenee non solo dal punto di vista strutturale, ma anche per quanto riguarda la loro regolamentazione nell'ordinamento comunitario. Da un lato, le lett. *a.*, *b.* e *c.* fanno riferimento ai servizi di interesse economico generale forniti dalle grandi industrie di rete, i quali sono oggetto di specifica disciplina a livello comunitario, in ragione della loro «chiara dimensione comunitaria»¹⁰⁴. La loro esclusione dall'ambito applicativo dell'art. 16 costituisce, perciò, una mera ripetizione di quanto previsto dall'art. 3, par. 1, della direttiva, ai sensi del quale le disposizioni degli atti settoriali sono destinati a prevalere su quelle della direttiva.

Le ultime due lettere fanno, invece, riferimento alla distribuzione e alla fornitura idrica, alla gestione delle acque reflue e al trattamento dei rifiuti,

patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale».

¹⁰¹ Non è possibile affrontare il tema in modo più approfondito in questa sede. Per una ricostruzione completa e convincente della questione si veda M. MIRANDA, *Dal principio del paese di origine alla clausola "libera prestazione di servizi"*, cit. *supra*, nota 94, p. 926-934.

¹⁰² Obiettivo previsto esplicitamente al *considerando* 7.

¹⁰³ S. D'ACUNTO, *Directive Services (2006/123/CE)*, cit. *supra*, nota 10, p. 304-305.

¹⁰⁴ *Libro verde sui servizi di interesse generale*, cit. *supra*, nota 27, par. 32.

ambiti per i quali non è prevista una disciplina specifica a livello comunitario. In tale contesto, l'esclusione dall'ambito operativo dell'art. 16 pone maggiori difficoltà in termini di coerenza sistematica e merita, dunque, di essere analizzata in modo più approfondito.

4.2 *Le conseguenze dell'esclusione: considerazioni critiche*

L'inapplicabilità dell'art. 16 nei confronti dei servizi di interesse economico generale forniti in taluni settori specifici era già prevista nella Proposta originaria di direttiva presentata dalla Commissione nel 2004. In quel caso, però, l'esclusione non operava nei confronti di un principio previsto dal Trattato, ma intendeva proteggere talune categorie di servizi, tra i quali i servizi di interesse economico generale, dagli effetti di un principio innovativo, vale a dire quello del Paese di origine¹⁰⁵. La clausola di deroga è stata mantenuta, ed addirittura ampliata¹⁰⁶, anche una volta venuto meno detto principio, sostituito da quello della libera prestazione dei servizi. L'obiettivo era, ancora una volta, offrire una risposta alle preoccupazioni relative alla possibilità che l'applicazione della direttiva potesse incidere negativamente sul funzionamento dei servizi di interesse economico generale.

Come si è già detto in precedenza, questo modo di procedere risulta incoerente rispetto all'impostazione che ha caratterizzato il diritto comunitario fin dalle origini. Già il Trattato di Roma del 1957 prevedeva, infatti, che tutte le norme di diritto primario, ivi comprese quelle in materia di mercato interno, trovassero applicazione anche nei confronti dei servizi in esame, nella misura in cui non ostassero all'adempimento dei compiti di interesse generale perseguiti attraverso la fornitura di tali servizi. Il modello, ancora perfettamente attuale, si fonda sul tentativo di conciliare interessi potenzialmente contrastanti, quali la tutela dell'integrità del mercato interno e la possibilità per gli Stati membri di perseguire obiettivi di politica economica e sociale non necessariamente soddisfatti dall'azione delle forze di mercato, affidando all'interprete la ricerca di un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco¹⁰⁷. Tale esercizio di bilanciamento, infatti, deve necessariamente essere svolto caso per caso, valutando in concreto la sussistenza delle condizioni necessarie per giustificare una deroga alle norme del Trattato¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Anche se B. J. DRIJBER, *Les services d'intérêt économique général*, cit. supra, nota 37, p. 89, commentando la Proposta della Commissione, osservava che «[l']impact du principe du pays d'origine sur les SIEG sera, à première vue, relativement faible».

¹⁰⁶ La Proposta di direttiva del 2004 prevedeva, infatti, una lista esaustiva di settori esclusi, tra i quali figuravano solo i servizi postali, quelli di distribuzione dell'energia elettrica, del gas e dell'acqua.

¹⁰⁷ Il punto è stato affrontato a più riprese dalla Commissione; per tutte si veda la Comunicazione concernente *I servizi di interesse generale in Europa*, cit. supra, nota 74, par. 14-36.

¹⁰⁸ G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit. supra, nota 11, p. 31 osserva che l'analisi caso per caso è necessaria solo nei settori non armonizzati, mentre nei

L'incoerenza della soluzione adottata dalla direttiva in materia di prestazione dei servizi trova ulteriore conferma nel raffronto con la disciplina della libertà di stabilimento, ambito nel quale, come si è detto, la direttiva riprende il modello codificato all'art. 86, par. 2, CE. L'art. 15, par. 4, prevede, infatti, la possibilità per gli Stati di derogare all'applicazione delle norme che regolano l'utilizzo di requisiti restrittivi non discriminatori nel caso in cui sia necessario per garantire l'assolvimento della missione specifica affidata ai servizi di interesse economico generale¹⁰⁹. La scelta di non seguire la stessa impostazione in materia di libera prestazione di servizi¹¹⁰ fa sì che si abbia un diverso trattamento normativo per una questione, vale a dire il rapporto tra la tutela della missione di interesse generale e l'applicazione delle regole sul mercato interno, tradizionalmente regolata in modo uniforme nel diritto comunitario¹¹¹.

La soluzione dell'art. 17 della direttiva risulta tanto più incomprensibile se valutata dal punto di vista dei suoi effetti pratici. L'esclusione dei servizi di interesse economico generale dall'ambito applicativo dell'art. 16 non incide, infatti, sul quadro normativo vigente prima dell'adozione della direttiva. I servizi di interesse economico generale continuano ad essere soggetti al regime codificato all'art. 86, par. 2, CE, il quale, come noto, prevede l'applicabilità nei loro confronti di tutte le norme del Trattato, ivi compreso il principio della libera prestazione dei servizi, fatti salvi i casi in cui questo osti all'adempimento della loro missione specifica. L'eventuale esercizio della facoltà di deroga da parte degli Stati membri resta, dunque, soggetto al vaglio di legittimità realizzato dalle istituzioni comunitarie alle luce delle condizioni previste dallo stesso art. 86, par. 2¹¹².

Da ultimo, occorre osservare che, così formulata, la clausola di deroga prevista dall'art. 17 potrebbe prestarsi ad abusi da parte degli Stati membri. Come si è già avuto modo di sottolineare in precedenza, la norma esclude dall'ambito applicativo dell'art. 16 tutti i servizi di interesse economico generale, posto che l'elenco del comma 1 ha carattere meramente esemplificativo. L'applicabilità della deroga dipende, dunque, dalla qualificazione dell'attività come servizio di interesse economico generale, un compito tradizionalmente

settori regolamentati con direttive di armonizzazione comunitaria «il bilanciamento tra interesse generale/pubblico degli Stati membri e interesse comunitario all'applicazione della concorrenza avviene nelle fasi ascendente e discendente, vale a dire al momento dell'adozione ed attuazione della disciplina in oggetto».

¹⁰⁹ Per un'analisi approfondita della disposizione si veda *supra*, paragrafo 3.2.

¹¹⁰ A tale proposito è interessante osservare che nei due ambiti in esame questo "parallelismo normativo" non sia limitato alla sola disciplina dei servizi di interesse economico generale, ma investa molti altri aspetti; sul punto E. GREPPI, *Stabilimento e servizi*, cit. *supra*, nota 92, p. 493-496.

¹¹¹ Il Trattato prevede, infatti, un'unica clausola di deroga – l'art. 86, par. 2 – il quale trova applicazione nei diversi ambiti normativi nei quali possa sorgere un contrasto tra il perseguimento della missione di interesse generale e le norme del Trattato.

¹¹² V. HATZOPOULOS, *Que reste-il de la directive sur les services?*, cit. *supra*, nota 7, p. 322-327. Per un'analisi delle condizioni vedi *supra*, paragrafo 3.2.i.

considerato rientrare nella discrezionalità degli Stati membri. Come si è avuto modo di osservare nel corso dell'analisi della giurisprudenza relativa all'art. 86, par. 2, nonostante la progressiva elaborazione da parte della Corte di criteri di valutazione più precisi, sono estremamente rari i casi nei quali i giudici comunitari siano intervenuti a sindacare la definizione data dalle autorità nazionali. Il controllo a livello comunitario tende a concentrarsi sul rapporto tra la misura adottata e l'obiettivo perseguito, limitandosi, per quanto riguarda la qualificazione dell'attività, ai soli casi di errore manifesto¹¹³.

Se questo modo di procedere dovesse trovare applicazione anche rispetto all'art. 17, gli Stati membri si vedrebbero attribuita la possibilità di ridurre ulteriormente la portata applicativa dell'art. 16, ampliando il novero delle attività considerate di interesse generale. È, perciò, auspicabile che la Corte abbandoni l'impostazione tradizionalmente utilizzata sul punto in materia di art. 86, par. 2, e passi ad esercitare uno scrutinio più penetrante sulla qualificazione dell'attività data dalle autorità nazionali. Inoltre, l'adozione di una diversa impostazione è giustificata dal diverso ruolo che gioca il controllo sulla qualificazione dell'attività nei due ambiti. Per quanto riguarda l'art. 86, par. 2, esso rappresenta solo la prima delle diverse fasi in cui si articola il controllo della Corte. Nel contesto dell'art. 17, invece, costituisce l'unico momento in cui è possibile determinare se la decisione di escludere alcune tipologie di servizi dal regime dell'art. 16 possa considerarsi legittima ai sensi del diritto comunitario.

Sembrerebbe, però, esserci un ostacolo all'adozione di un approccio meno deferente da parte delle istituzioni comunitarie sul punto. L'art. 1, par. 3, della direttiva si premura, infatti, di precisare come l'atto in esame «[lasci] impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire [...] quali essi ritengano essere servizi di interesse economico generale». Tuttavia, il medesimo comma conferma che la qualificazione dei servizi debba sempre avvenire «in conformità del diritto comunitario», ammettendo, perciò, che le decisioni assunte dalle autorità nazionali possano comunque essere sottoposte ad un controllo di legittimità a livello comunitario e non ponendo alcun limite in termini di intensità dello scrutinio.

5. Osservazioni conclusive

La questione della compatibilità tra le norme sul mercato interno e la salvaguardia degli obiettivi sociali perseguiti da ciascuno Stato membro attraverso i servizi di interesse generale non costituisce affatto una novità emersa nel corso del processo di adozione della direttiva "Servizi". Al contrario, il problema trova specifica disciplina nel Trattato ed è stato oggetto di ripetuti interventi da parte del legislatore comunitario e della Corte di giustizia. Ciò

¹¹³ L'argomento è stato affrontato *supra*, paragrafo 3.2.iii.b.

che sorprende, piuttosto, sono talune soluzioni adottate nell'atto in esame, le quali risultano non del tutto coerenti con il diritto comunitario in materia.

Il caso più evidente è quello relativo alle norme sulla libera prestazione dei servizi: la scelta dei redattori di escludere i servizi di interesse economico generale dal loro ambito applicativo contrasta con l'impostazione che ha caratterizzato il diritto comunitario fin dalle origini. L'idea, codificata all'art. 86, par. 2, CE, è sempre stata quella di trovare un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco, consentendo la possibilità di deroghe limitate per tutelare la specificità dei servizi di interesse economico generale, ma senza escludere l'applicazione nei loro confronti delle norme sul mercato interno. L'analisi ha messo in luce come la scelta effettuata dai redattori della direttiva sia stata in qualche modo ereditata dalla versione originaria dell'atto, fondata sul principio del Paese di origine. Il mantenimento della clausola di esclusione appare, però, incomprensibile una volta venuto meno tale elemento, determinando l'inapplicabilità nei confronti dei servizi di interesse economico generale di condizioni che mirano semplicemente alla realizzazione di un principio fondamentale previsto dal Trattato.

È bene precisare che questo tipo di impostazione non riguarda tutti gli ambiti disciplinati dalla direttiva. Nel caso della libertà di stabilimento, ad esempio, ci si rifà a modelli consolidati nell'ordinamento comunitario, riproponendo, con alcune minime variazioni, la clausola di deroga già prevista dall'art. 86, par. 2, CE. Tuttavia, si ha la sensazione che la soluzione «al ribasso» adottata in materia di libera prestazione dei servizi non costituisca una scelta estemporanea, ma tradisca un malessere più profondo che traspare anche in altri passaggi dell'atto in esame, quali, ad esempio, le norme che disciplinano l'oggetto e l'ambito applicativo della direttiva. In questo caso, infatti, i redattori della direttiva sembrano essersi ispirati alla concezione che, partendo dall'assunto della tendenziale incompatibilità tra i diversi interessi in gioco, ritiene che l'unica risposta possibile sia l'esclusione dei servizi di interesse economico generale dall'applicazione delle norme sul mercato interno.

Questo modo di intendere il rapporto tra la disciplina dei servizi di interesse economico generale e le norme in materia di mercato interno contrasta con l'approccio che ha caratterizzato tutta l'evoluzione del diritto comunitario sul punto e che si fonda sulla convinzione che «creare un mercato interno aperto e competitivo [è] compatibile con l'obiettivo di sviluppare dei servizi di interesse generale accessibili, di alta qualità e a prezzi abbordabili». Resta da vedere in che modo queste differenze saranno ricondotte ad unità, un compito che spetterà inevitabilmente alla Corte.

Francesco Costamagna**

** Borsista post-dottorato in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Torino.

DOCUMENTAZIONE

LA NUOVA DISCIPLINA ITALIANA SUL RECUPERO DEGLI AIUTI DI STATO ILLEGITTIMI: UNA GRAVE LIMITAZIONE DEI DIRITTI DELLE IMPRESE

Decreto legge n. 59 dell'8 aprile 2008 - Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*

(Omissis)

Articolo 1 - Disposizioni in materia di recupero di aiuti di Stato innanzi agli organi di giustizia civile

1. Nei giudizi civili concernenti gli atti e le procedure volti al recupero di aiuti di Stato in esecuzione di una decisione di recupero adottata dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 14 del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, di seguito denominata: «decisione di recupero», il giudice può concedere la sospensione dell'efficacia del titolo amministrativo o giudiziale di pagamento, conseguente a detta decisione, se ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni:

a. gravi motivi di illegittimità della decisione di recupero, ovvero evidente errore nella individuazione del soggetto tenuto alla restituzione dell'aiuto di Stato o evidente errore nel calcolo della somma da recuperare e nei limiti di tale errore;

b. pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile.

2. Qualora la sospensione si fondi su motivi attinenti alla illegittimità della decisione di recupero il giudice provvede alla sospensione del giudizio e all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di giustizia delle Comunità europee, con richiesta di trattazione d'urgenza ai sensi dell'art. 104-ter del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 19 giugno 1991, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*.

* In *Guri* n. 84 del 9 aprile 2008. Il d.l. n. 59/2008 è stato convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 6 giugno 2008, n. 101, in *Guri* n. 132 del 7 giugno 2008. In argomento v. *infra*, p. 145 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

le delle Comunità europee n. L 176 del 4 luglio 1991, e successive modificazioni, se ad essa non sia stata già deferita la questione di validità dell'atto comunitario contestato. Non può, in ogni caso, essere accolta l'istanza di sospensione dell'atto impugnato per motivi attinenti alla legittimità della decisione di recupero quando la parte istante, pur avendone facoltà perché individuata o chiaramente individuabile, non abbia proposto impugnazione avverso la decisione di recupero ai sensi dell'art. 230 del Trattato istitutivo della Comunità europea, e successive modificazioni, ovvero quando, avendo proposto l'impugnazione, non abbia richiesto la sospensione della decisione di recupero ai sensi dell'art. 242 del Trattato medesimo ovvero l'abbia richiesta e la sospensione non sia stata concessa.

3. Fuori dei casi in cui è stato disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con il provvedimento che accoglie l'istanza di sospensione, il giudice fissa la data dell'udienza di trattazione nel termine di trenta giorni. La causa è decisa nei successivi sessanta giorni. Allo scadere del termine di novanta giorni dalla data di emanazione del provvedimento di sospensione, il provvedimento perde efficacia salvo che il giudice, su istanza di parte, riesamini lo stesso e ne disponga la conferma, anche parziale, sulla base dei presupposti di cui ai commi 1 e 2, fissando un termine di efficacia non superiore a sessanta giorni.

4. Per quanto non disposto dai commi da 1 a 3 ai giudizi di cui al comma 1, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli artt. 22 e 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ad eccezione dei commi terzo, quarto e decimo del medesimo art. 23.

5. Ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto non si applica il comma 4. Se è già stato concesso il provvedimento di sospensione la causa è decisa nei termini di cui al comma 3, previa eventuale anticipazione dell'udienza di trattazione già fissata. Il giudice, su istanza di parte, riesamina il provvedimento di sospensione già concesso e ne dispone la revoca qualora non ricorrano i presupposti di cui ai commi 1 e 2.

6. Il presidente di sezione, in ogni grado del procedimento, vigila sul rispetto dei termini di cui al comma 3 e riferisce con relazione trimestrale, rispettivamente, al presidente del tribunale o della corte d'appello per le determinazioni di competenza. Nei tribunali non divisi in sezioni le funzioni di vigilanza sono svolte direttamente dal Presidente del tribunale.

Articolo 2 - Disposizioni in materia di recupero di aiuti di Stato innanzi agli organi di giustizia tributaria

1. Dopo l'art. 47 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, è inserito il seguente:

«Art. 47-bis (Sospensione di atti volti al recupero di aiuti di Stato e definizione delle relative controversie). - 1. Qualora sia chiesta in via cautelare la sospensione dell'esecuzione di un atto volto al recupero di aiuti di Stato dichiarati incompatibili in esecuzione di una decisione adottata dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 14 del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, di seguito denominata: «decisione di recupero», la Commissione tributaria provinciale può concedere la sospensione dell'efficacia del titolo di pagamento conseguente a detta

decisione se ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni:

a. gravi motivi di illegittimità della decisione di recupero, ovvero evidente errore nella individuazione del soggetto tenuto alla restituzione dell'aiuto di Stato o evidente errore nel calcolo della somma da recuperare e nei limiti di tale errore;

b. pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile.

2. Qualora la sospensione si fondi su motivi attinenti alla illegittimità della decisione di recupero la Commissione tributaria provinciale provvede con separata ordinanza alla sospensione del giudizio e all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di giustizia delle Comunità europee, con richiesta di trattazione d'urgenza ai sensi dell'art. 104-ter del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 19 giugno 1991, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee* n. L 176 del 4 luglio 1991, e successive modificazioni, se ad essa non sia stata già deferita la questione di validità dell'atto comunitario contestato. Non può, in ogni caso, essere accolta l'istanza di sospensione dell'atto impugnato per motivi attinenti alla legittimità della decisione di recupero quando la parte istante, pur avendone facoltà perché individuata o chiaramente individuabile, non abbia proposto impugnazione avverso la decisione di recupero ai sensi dell'art. 230 del Trattato istitutivo della Comunità europea, e successive modificazioni, ovvero quando, avendo proposto l'impugnazione, non abbia richiesto la sospensione della decisione di recupero ai sensi dell'art. 242 del Trattato medesimo ovvero l'abbia richiesta e la sospensione non sia stata concessa.

3. Fermi restando i presupposti di cui ai commi 1 e 2, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 4, 5, 7 e 8 dell'art. 47; ai fini dell'applicazione del comma 8 rileva anche il mutamento del diritto comunitario.

4. Le controversie relative agli atti di cui al comma 1 sono definite, nel merito, nel termine di sessanta giorni dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione di cui al medesimo comma 1. Alla scadenza del termine di sessanta giorni dall'emanazione dell'ordinanza di sospensione, il provvedimento perde comunque efficacia, salvo che la Commissione tributaria provinciale entro il medesimo termine riesamini, su istanza di parte, l'ordinanza di sospensione e ne disponga la conferma, anche parziale, sulla base dei presupposti di cui ai commi 1 e 2, fissando comunque un termine di efficacia, non prorogabile, non superiore a sessanta giorni. Non si applica la disciplina sulla sospensione feriale dei termini. Nel caso di rinvio pregiudiziale il termine di cui al primo periodo è sospeso dal giorno del deposito dell'ordinanza di rinvio e riprende a decorrere dalla data della trasmissione della decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee.

5. Le controversie relative agli atti di cui al comma 1 sono discusse in pubblica udienza e, subito dopo la discussione, il Collegio giudicante delibera la decisione in camera di consiglio. Il Presidente redige e sottoscrive il dispositivo e ne dà lettura in udienza, a pena di nullità.

6. La sentenza è depositata nella segreteria della Commissione tributaria provinciale entro quindici giorni dalla lettura del dispositivo. Il segretario fa risultare l'avvenuto deposito apponendo sulla sentenza la propria firma e la data e ne dà immediata comunicazione alle parti.

7. In caso di impugnazione della sentenza pronunciata sul ricorso avverso uno degli atti di cui al comma 1, tutti i termini del giudizio di appello davanti alla Com-

missione tributaria regionale, ad eccezione di quello stabilito per la proposizione del ricorso, sono ridotti alla metà. Nel processo di appello le controversie relative agli atti di cui al comma 1 hanno priorità assoluta nella trattazione. Si applicano le disposizioni di cui ai commi 4, terzo e quarto periodo, 5 e 6».

2. Nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nel caso sia stata concessa la sospensione, le relative controversie sono definite nel merito, entro sessanta giorni dalla medesima data di entrata in vigore del presente decreto; fermo restando il predetto termine, la commissione tributaria provinciale, su istanza di parte, riesamina i provvedimenti di sospensione già concessi e ne dispone la revoca, qualora non ricorrano i presupposti di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 47-bis del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, come introdotto dal presente articolo. Il termine previsto dall'art. 31 del decreto legislativo n. 546 del 1992 per la comunicazione dell'avviso di trattazione è ridotto a dieci giorni liberi. Alle medesime controversie pendenti in appello si applica il comma 7 del predetto art. 47-bis come introdotto dal comma 1 del presente articolo.

3. Il presidente di sezione, in ogni grado del procedimento, vigila sul rispetto dei termini di cui al comma 2 e ai commi 4 e 7, primo periodo, dell'art. 47-bis del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, introdotto dal comma 1 del presente articolo e riferisce con relazione trimestrale, rispettivamente, al presidente della commissione tributaria provinciale e della commissione tributaria regionale per le determinazioni di competenza.

4. L'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 1 del decreto-legge 15 febbraio 2007, n. 10, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 aprile 2007, n. 46, è soppresso.

(*Omissis*)

Decreto legge n. 185 del 29 novembre 2008 - Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale**

(*Omissis*)

Titolo IV - Servizi pubblici

*Articolo 24 - Attuazione della decisione n. 2003/193/Ce
in materia di recupero di aiuti illegittimi¹*

1. Al fine di dare completa attuazione alla decisione n. 2003/193/Ce della Commissione, del 5 giugno 2002, il recupero degli aiuti equivalenti alle imposte non corrisposte e dei relativi interessi conseguente all'applicazione del regime di esenzione fiscale previsto dagli artt. 3, comma 70, della legge 28 dicembre 1995, n. 549,

** In *Guri* n. 280 del 29 novembre 2008, *suppl. ord.* Il d.l. n. 185/2008 è stato convertito in legge dalla l. n. 2 del 28 gennaio 2009, in *Guri* n. 22 del 28 gennaio 2009, *suppl. ord.*

¹ La rubrica dell'art. 24 è stata così sostituita dalla legge di conversione n. 2 del 28 gennaio 2009.

e 66, comma 14, del decreto-legge 30 agosto 1993, n. 331, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 ottobre 1993, n. 427, in favore delle società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria, esercenti servizi pubblici locali, costituite ai sensi del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, è effettuato dall'Agenzia delle entrate ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto-legge 15 febbraio 2007, n. 10, convertito, con modificazioni, con la legge 6 aprile 2007, n. 46, secondo i principi e le ordinarie procedure di accertamento e riscossione previste per le imposte sui redditi. Per il recupero dell'aiuto non assume rilevanza l'intervenuta definizione in base agli istituti di cui alla legge 27 dicembre 2002, n. 289 e successive modificazioni e integrazioni².

2. Il recupero degli aiuti equivalenti alle imposte non corrisposte e dei relativi interessi di cui al comma 1, calcolati ai sensi dell'art. 3, terzo comma, della decisione n. 2003/193/Ce della Commissione, del 5 giugno 2002, in relazione a ciascun periodo di imposta nel quale l'aiuto è stato fruito, deve essere effettuato tenuto conto di quanto già liquidato dall'Agenzia ai sensi dell'art. 1, comma 2, del decreto-legge 15 febbraio 2007, n. 10, convertito con modificazioni dalla legge 6 aprile 2007, n. 46.

3. L'Agenzia delle entrate provvede alla notifica degli avvisi di accertamento di cui al comma 1, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, contenenti l'invito al pagamento delle intere somme dovute, con l'intimazione che, in caso di mancato versamento entro trenta giorni dalla data di notifica, anche nell'ipotesi di presentazione del ricorso, si procede, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, ad iscrizione a ruolo a titolo definitivo della totalità delle somme non versate, nonché degli ulteriori interessi dovuti. Non si fa luogo, in ogni caso, all'applicazione di sanzioni per violazioni di natura tributaria e di ogni altra specie comunque connesse alle procedure disciplinate dalle presenti disposizioni. Non sono applicabili gli istituti della dilazione dei pagamenti e della sospensione in sede amministrativa e giudiziale³.

4. Gli interessi di cui al comma 2, sono determinati in base alle disposizioni di cui al capo V del regolamento (Ce) n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, secondo i criteri di calcolo approvati dalla Commissione europea in relazione al recupero dell'aiuto di Stato C57/03, disciplinato dall'art. 24 della legge 25 gennaio 2006, n. 29. Il tasso di interesse da applicare è il tasso in vigore alla data di scadenza ordinariamente prevista per il versamento di saldo delle imposte non corrisposte con riferimento al primo periodo di imposta interessato dal recupero dell'aiuto.

5. Trovano applicazione le disposizioni degli artt. 1 e 2 del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2008, n. 101⁴.

(Omissis)

² Comma così modificato dalla legge di conversione n. 2 del 28 gennaio 2009.

³ Comma così modificato dalla legge di conversione n. 2 del 28 gennaio 2009.

⁴ Comma così modificato dalla legge di conversione n. 2 del 28 gennaio 2009.

Decreto legge n. 5 del 10 febbraio 2009 - Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, nonché disposizioni in materia di produzione lattiera e rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario***

(Omissis)

Articolo 7 – Controlli fiscali

(Omissis)

2-bis. L'art. 24, comma 3, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, si interpreta nel senso che il termine di centoventi giorni ivi previsto è di natura ordinatoria. Conseguentemente il potere di accertamento si esercita, ai sensi dell'art. 43 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, entro i termini ivi previsti che decorrono da quello di cui all'art. 27, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, nella formulazione vigente prima dell'entrata in vigore del comma 11 dell'art. 1 del decreto-legge 15 febbraio 2007, n. 10, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 aprile 2007, n. 46⁵.

(Omissis)

*** In *Guri* n. 34 dell'11 febbraio 2009. Il d.l. n. 5/2009 è stato convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 33 del 9 aprile 2009. Il titolo è stato così sostituito dalla legge di conversione n. 33 del 9 aprile 2009.

⁵ Comma aggiunto dalla legge di conversione n. 33 del 9 aprile 2009.

LO STATO ITALIANO SI APPIATTISCE SU UNA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA, IMPEDENDO ALLE IMPRESE DI FAR VALERE I PROPRI DIRITTI DAVANTI AI GIUDICI NEI PROCEDIMENTI NAZIONALI DI RECUPERO DEGLI AIUTI DI STATO AVVIATI NEI LORO CONFRONTI

Sommario: **I.** *Premesse* - **II.** *Conseguenze del mancato rispetto degli obblighi comunitari da parte degli Stati membri dell'Unione europea* - **1.** *In generale* - **2.** *Con riferimento alle procedure di recupero degli aiuti di Stato* - **III.** *La nuova disciplina di recupero degli aiuti di Stato davanti ai giudici interni introdotta dal Decreto legge 8 aprile 2008 n. 59* - **1.** *Osservazioni preliminari* - **2.** *Valutazioni critiche* - **a.** *Con riferimento alle procedure di recupero davanti all'Autorità giudiziaria civile* - **b.** *Con riferimento alle procedure di recupero davanti alle Commissioni tributarie* - **IV.** *La disciplina di recupero degli aiuti di Stato prevista dall'art. 24 del Decreto legge 29 novembre 2008 n. 185* - **1.** *Premesse* - **2.** *La nuova procedura di recupero degli aiuti di Stato nei confronti delle imprese ex-municipalizzate.*

I. Premesse

Le disposizioni dei tre decreti legge, sopra riportate¹, sono rivelatrici della superficialità con cui lo Stato italiano affronta i problemi giuridici in ambito comunitario e dell'incuria con cui in seguito li gestisce.

Sono in particolare rivelatrici della propensione del nostro Stato a sottrarsi alle proprie responsabilità, arrivando addirittura ad impedire alle imprese di far valere i diritti che la stessa normativa comunitaria loro riconosce, soltanto

¹ Si tratta degli artt. 1 e 2 del Decreto legge n. 59 dell'8 aprile 2008, *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Guri* n. 84 del 9 aprile 2008, convertito in legge, con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge n. 101 del 6 giugno 2008, in *Guri* n. 132 del 7 giugno 2008, dell'art. 24 del Decreto legge n. 185 del 29 novembre 2008, *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*, in *Guri* n. 280 del 29 novembre 2008, n. 280, *suppl. ord.*, convertito, con modificazioni, in legge n. 2 del 28 gennaio 2009, in *Guri* n. 22 del 28 gennaio 2009, *suppl. ord.*, nonché dell'art. 7 del Decreto legge n. 5 del 10 febbraio 2009, *Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi*, in *Guri* n. 34 dell'11 febbraio 2009, convertito, con modificazioni, in legge n. 33 del 9 aprile 2009, in *Guri* n. 11 aprile 2009, n. 85, *suppl. ord.*

per evitare i rischi derivanti dal proprio inadempimento in materia di recupero degli aiuti di Stato.

In particolare, con riferimento alla disposizione, sopra riportata, del secondo Decreto legge (art. 24 del Decreto legge n. 185/2008), dovendo stabilire se nei procedimenti nazionali di recupero degli aiuti di Stato, avviati nei loro confronti, le imprese ex-municipalizzate debbano avere il diritto di far valere, contro le pretese di recupero, tutti i mezzi di difesa offerti dall'ordinamento giuridico, lo Stato italiano, con le disposizioni legislative sopra riportate, ha negato alle imprese tale diritto abbandonandole al proprio destino, al solo scopo di acquisire le benemeritenze necessarie per sottrarsi ai rischi del procedimento di infrazione che la Commissione europea ha introdotto nei suoi confronti².

In prosieguo si provvederà a fornire gli argomenti sui quali si fondano le critiche appena formulate, facendo precedere l'analisi da un breve e sintetico inquadramento di carattere generale della materia trattata.

II. Conseguenze del mancato rispetto degli obblighi comunitari da parte degli Stati membri dell'Unione europea

1. IN GENERALE

Come è noto, nel sistema del Trattato istitutivo della Comunità europea, quando uno Stato membro si sottrae agli obblighi ad esso imposti dal Trattato e, in generale, dalla normativa comunitaria, può essere avviato nei suoi confronti, su iniziativa della Commissione europea, un «*procedimento di infrazione*» davanti alla Corte di giustizia (art. 226 Trattato CE)³.

Tale procedimento di infrazione, come è pure noto, è l'unico strumento "*sanzionatorio*" previsto dal Trattato CE che risulti applicabile nei confronti di uno Stato membro inadempiente agli obblighi comunitari.

Trattandosi di un procedimento che originariamente non prevedeva l'applicazione di sanzioni, neppure dopo la pronuncia della sentenza di condanna da parte della Corte di giustizia, la sua efficacia, per molti anni, è stata decisamente limitata.

Alcuni Stati membri e, in primo luogo, l'Italia, hanno infatti subito numerosi procedimenti di infrazione senza curarsi troppo delle cadute di immagine che le sentenze di condanna comportavano. L'Italia è stata addirittura con-

² Dopo aver introdotto un procedimento di infrazione ex art. 226 del Trattato Ce nei confronti dell'Italia, terminato con la sentenza di condanna emessa in data 1° giugno 2006 in causa n. 207/05, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 70*, *Publ. somm.*, la Commissione ha iniziato un secondo procedimento in base all'art. 228 del Trattato Ce.

³ Come è noto, in materia di aiuti di Stato la Commissione può avviare, in determinati casi, una procedura di infrazione *semplificata* in base all'art. 88, par. 2, secondo comma, del Trattato CE.

dannata più volte per la stessa infrazione senza provvedere, per anni, ad eliminare la causa dell'infrazione contestata.

Come è risaputo, alla scarsa incisività ed efficacia del procedimento di infrazione, è stato posto rimedio, in alcuni casi, per altre vie, facendo dichiarare dal giudice nazionale l'efficacia diretta delle norme comunitarie che risultavano violate dalla Stato inadempiente.

Il caso più noto riguarda l'applicazione dell'imposta italiana sulle esportazioni di opere d'arte.

La norma italiana che prevedeva tale imposta, risalente al 1939, era stata oggetto di due procedimenti di infrazione e di due sentenze di condanna da parte della Corte di giustizia, dopo una controversia di durata decennale, senza che lo Stato italiano provvedesse a disporne l'abrogazione.

Alla fine, un operatore economico (*Eunomia*) dopo aver effettuato allo Stato italiano il pagamento dell'imposta sull'esportazione di un bene culturale nel 1970 ne ha chiesto il rimborso davanti al Tribunale di Torino.

Sul rinvio pregiudiziale del Tribunale di Torino, la Corte di giustizia⁴ ha dichiarato la diretta efficacia dell'art. 16 del Trattato CE che, all'epoca, vietava l'applicazione di qualsiasi tributo all'esportazione di beni verso altri Stati membri. Dopo la sentenza della Corte di giustizia, il Tribunale di Torino ha provveduto a disapplicare la norma italiana contrastante con il predetto art. 16 del Trattato, condannando lo Stato italiano al rimborso dell'imposta a suo tempo pagata (oltre le spese di causa).

Di conseguenza, lo Stato italiano ha dovuto abrogare rapidamente la norma che prevedeva l'applicazione dell'imposta contestata, per non dover subire tutta una serie di procedimenti di rimborso relativi ad altre esportazioni analoghe. Come si vede, un'azione giudiziaria introdotta da un operatore economico privato ha consentito di ottenere, in poco tempo, un risultato che non è stato possibile ottenere in dieci anni di procedure ufficialmente avviate dalle competenti istituzioni comunitarie.

Non sempre è stato però possibile ottenere validi risultati concreti ricorrendo a procedimenti analoghi a quello appena descritto.

Come si può comprendere, perché un giudice nazionale possa disapplicare una disposizione interna contrastante con una norma comunitaria, occorre che la norma comunitaria sia stata considerata direttamente efficace dalla Corte di giustizia, con la conseguenza di farla prevalere sulla norma nazionale contrastante.

Orbene, come è noto, molti casi di inosservanza degli obblighi comunitari da parte degli Stati membri non riguardano il mantenimento (o l'adozione) di norme interne contrastanti con norme comunitarie direttamente applicabili

⁴ Sentenza del 26 ottobre 1971 in causa n. 18/71, *Eunomia di Porro E. C.*, in *Raccolta*, 1971, p. 811 ss. e in questa *Rivista*, 1971, p. 487 s.

ma, più semplicemente, la mancata attuazione di direttive comunitarie che, come è noto, non sono, per definizione, direttamente applicabili.

Ebbene, come sappiamo, grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia è stato possibile trovare un rimedio anche nel caso di mancata attuazione delle direttive, ricorrendo ad uno "*strumento sanzionatorio*" ricavato dal diritto romano, nell'applicazione fattane dai giudici anglosassoni di "*common law*", sulla base della cosiddetta teoria dell'"*estoppel*"⁵.

In sostanza, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, lo Stato membro che non recepisce, in modo corretto, nel proprio ordinamento, una direttiva comunitaria nei termini prescritti, è costretto a subire una sanzione particolare consistente nell'impossibilità di applicare le proprie norme interne contrastanti con determinate disposizioni contenute nella direttiva medesima.

Se, infatti, alcune disposizioni della direttiva risultano chiare, precise e complete, come contenuto dispositivo, in tal caso il cittadino (come l'operatore economico) può invocarle direttamente nei confronti dello Stato che, a sua volta, non può applicare sul suo territorio le proprie disposizioni nazionali perché le stesse sono illegittimamente rimaste in vigore a causa del suo inadempimento, consistente nella mancata o scorretta trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale⁶.

Si parla, in questo caso, di efficacia diretta verticale delle direttive, nel senso che l'efficacia può essere fatta valere solo *verticalmente* nei confronti dello Stato e delle pubbliche autorità e non *orizzontalmente* nei confronti di tutti⁷.

In questo modo, essendo lo Stato membro impedito di applicare le proprie disposizioni interne contrastanti con la direttiva che non ha correttamente provveduto ad attuare, lo stesso viene costretto a rendersi conto della necessità di dare comunque attuazione alla direttiva, con il risultato di porre così termine all'inadempimento.

Ma, come sappiamo, non tutte le direttive contengono disposizioni chiare, precise e complete in grado di dispiegare un'efficacia diretta verticale nel senso sopra indicato.

Pertanto, in caso di mancata attuazione, da parte di uno Stato membro, di una direttiva sfornita di disposizioni suscettibili di dispiegare un'efficacia diretta verticale, non rimarrebbe che il rimedio classico dell'avvio del procedimento di infrazione ex art. 226 del Trattato CE, più sopra menzionato.

Ma anche per queste direttive, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha cercato di trovare una soluzione efficace, ricavandola dalla norma del Trattato CE che prevede la responsabilità extra-contrattuale della Comunità per i danni

⁵ Cfr. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 377 ss.

⁶ Cfr. F. CAPELLI, *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, in questa *Rivista*, 1987, p. 98 ss. nonché ID., *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, in questa *Rivista*, 1994, p. 367 s.

⁷ Cfr. sentenza del 5 aprile 1979 in causa n. 148/78, *Ratti*, in *Raccolta*, 1979, p. 1629 ss.

causati dall'attività, anche legislativa, delle sue istituzioni (art. 288 Trattato CE).

E così, come si ricorderà, è stato riconosciuto l'obbligo degli Stati membri di risarcire anche i danni causati dalla mancata attuazione di una direttiva comunitaria sprovvista di disposizioni direttamente efficaci: ciò è stato stabilito, per la prima volta, con la sentenza della Corte di giustizia pronunciata nel caso *Francovich*⁸.

Con tale sentenza, infatti, la Corte di giustizia, come è risaputo, ha statuito che lo Stato membro (Italia) era tenuto a risarcire i danni subiti dai lavoratori italiani a causa della mancata attuazione della direttiva n. 80/987/Cee sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza dei loro datori di lavoro, in quanto il mancato recepimento della citata direttiva da parte dello Stato italiano aveva impedito ai predetti lavoratori di ottenere il pagamento di quanto dovuto dai loro datori di lavoro.

La conclusione cui la Corte di giustizia è pervenuta, con tale sentenza, appare derivata, per estensione, come già accennato, dalle norme del Trattato CE (art. 288) che disciplinano la responsabilità extra-contrattuale della Comunità per i danni cagionati dalle sue istituzioni.

Occorre però subito rilevare, a tale proposito, che mentre nell'accertare la responsabilità degli Stati membri per l'inosservanza degli obblighi comunitari, la giurisprudenza della Corte di giustizia è stata decisamente rigorosa ed anche molto aggressiva nei confronti degli Stati inadempienti, l'analoga giurisprudenza della Corte, sull'accertamento della responsabilità extra-contrattuale della Comunità europea, denota invece una strana indulgenza nei confronti delle istituzioni comunitarie⁹.

Con il caso *Francovich*, da ultimo citato, possiamo ritenere completata la descrizione delle forme di pressione sugli Stati membri inadempienti, per costringerli, mediante uno "*strumento sanzionatorio*" indiretto, ad osservare gli obblighi comunitari ad essi imposti dal Trattato CE o, in generale, dalla normativa comunitaria.

Questi "*strumenti sanzionatori*" indiretti hanno certo contribuito a rendere palese agli Stati membri la convenienza di osservare in modo corretto gli

⁸ Sentenza della Corte di giustizia 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 ss. e in questa *Rivista*, 1992, p. 81 ss. Cfr. i commenti di A. BARONE - R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 146 ss.; R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1992, I, Sez. I, c. 1169 ss.; M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni. (A proposito della sentenza "Francovich" della Corte di giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992 p. 505 ss.; F. RUSSO SPENA, *La Corte di giustizia ridefinisce la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1992, p. 163 ss.; F. SCHOCKWEILER, *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1992, p. 27 ss.

⁹ Cfr. F. CAPELLI, *Responsabilità extra-contrattuale della Comunità europea e ricorsi per ottenere il risarcimento dei danni secondo l'art. 215 del Trattato Ce: valutazioni critiche e proposte di riforma*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 875 ss.

obblighi comunitari ad essi imposti, ma lo strumento più efficace per raggiungere l'obiettivo appena indicato è stato fornito da un'apposita norma inserita nel Trattato CE, a partire dal 1° novembre 1993, grazie all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht. Tale nuova disposizione prevede, infatti, a carico degli Stati membri inadempienti, in determinati casi e a determinate condizioni, l'applicazione di vere e proprie sanzioni.

Stabilisce infatti il secondo comma dell'art. 228 del Trattato CE:

«Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso detti provvedimenti, la Commissione, dopo aver dato a tale Stato la possibilità di presentare le sue osservazioni, formula un parere motivato che precisa i punti sui quali lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza della Corte di giustizia.

Qualora lo Stato membro in questione non abbia preso entro il termine fissato dalla Commissione i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione può adire la Corte di giustizia. In questa azione essa precisa l'importo della somma forfettaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che consideri adeguato alle circostanze.

La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità. Questa procedura lascia impregiudicate le disposizioni dell'art. 227».

Come si vede, pertanto, con il par. 2, a suo tempo aggiunto all'art. 171 del Trattato CE (ora art. 228), è stato stabilito che in caso di mancata osservanza della prima sentenza di condanna della Corte di giustizia, pronunciata al termine del procedimento di infrazione di cui all'art. 226 del Trattato CE¹⁰, la Commissione europea può avviare un secondo procedimento per far accertare la mancata osservanza, da parte dello Stato, della prima sentenza di condanna chiedendo l'applicazione, nei suoi confronti, di una «somma forfettaria o di una penalità».

La Corte di giustizia, al termine di questo secondo procedimento, può quindi stabilire l'importo della somma forfettaria o della penalità da porre a carico dello Stato inadempiente.

Orbene, poiché, come si ricava dalla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia, le sanzioni irrogate sulla base dell'art. 228 hanno raggiunto, in alcuni casi, cifre elevatissime, gli Stati membri hanno cercato di evitare, con tutti i mezzi, di incorrere nelle sanzioni previste da tale articolo¹¹.

¹⁰ L'art. 23, par. 2, del Regolamento n. 659/99 (relativo alle norme procedurali sugli aiuti di Stato, in *Guce* n. L 83 del 27 marzo 1999, p. 1) stabilisce che in caso di mancata osservanza, da parte di uno Stato membro, di una sentenza emessa dalla Corte di giustizia al termine di una procedura ex art. 88, par. 2, secondo comma, in materia di aiuti di Stato, la Commissione può avviare la procedura prevista dall'art. 171 (ora 228) del Trattato Ce.

¹¹ Cfr. L. FUMAGALLI, *Procedimento di infrazione, in esecuzione di sentenza e coercizione: prima applicazione dell'art. 228, par. 2 del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 787 ss.

Attualmente, pertanto, gli Stati membri già coinvolti in procedimenti di infrazione ex art. 226 del Trattato CE, per inosservanza degli obblighi comunitari, cercano in tutti i modi, dopo la prima sentenza di condanna, di evitare il secondo procedimento davanti alla Corte di giustizia per non correre il rischio di essere costretti a pagare le sanzioni stabilite in base all'art. 228 del Trattato CE.

Il tentativo di evitare l'avvio del secondo procedimento, per i motivi sopra indicati, può però incontrare, a volte, ostacoli di varia natura che aumentano di intensità e di importanza a seconda della complessità dei provvedimenti che lo Stato deve adottare per sanare i propri inadempimenti.

L'esperienza ha dimostrato che, spesse volte, lo Stato membro incontra notevoli difficoltà a sanare i propri inadempimenti quando deve recuperare aiuti di Stato dichiarati illegittimi perché erogati in violazione della normativa comunitaria.

Le peculiarità di alcuni aspetti di questa materia richiedono un'analisi specifica che verrà effettuata nel prossimo paragrafo.

2. CON RIFERIMENTO ALLE PROCEDURE DI RECUPERO DEGLI AIUTI DI STATO

Come è noto, in materia di aiuti di Stato, uno Stato membro potrebbe, al limite, trovarsi coinvolto, in momenti successivi, in quattro procedimenti distinti.

Innanzitutto viene coinvolto, di regola, nel procedimento amministrativo instaurato dalla Commissione europea per verificare la compatibilità di un aiuto con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Qualora il procedimento dovesse concludersi con una decisione della Commissione che dichiara l'illegittimità dell'aiuto, imponendo l'obbligo del suo recupero, lo Stato membro può impugnare tale decisione instaurando un apposito procedimento giudiziario davanti al Tribunale di primo grado.

Poiché l'impugnazione non sospende l'esecutività della decisione della Commissione, nel caso in cui tale esecutività non venisse sospesa con un provvedimento del Tribunale di primo grado (art. 242 del Trattato CE), lo Stato membro interessato dovrebbe, in ogni caso, procedere al recupero dell'aiuto nei confronti delle imprese beneficiarie.

Se lo Stato membro non procede a tale recupero, la Commissione europea può avviare nei suoi confronti il procedimento di infrazione ex art. 88, par. 2, secondo comma, del Trattato CE, davanti alla Corte di giustizia, per inosservanza degli obblighi comunitari.

Dopo la prima sentenza di condanna della Corte di giustizia, per il mancato recupero degli aiuti di Stato, la Commissione europea potrebbe introdurre, come sappiamo, nei confronti dello Stato che persiste nell'inadempimento, il procedimento ex art. 228 del Trattato CE, sopra esaminato, con la richiesta di applicazione delle sanzioni in tale articolo previste.

Da qui la necessità, per lo Stato membro coinvolto, di evitare, in tutti i modi, i rischi connessi all'instaurazione del procedimento di infrazione previsto dall'art. 228 del Trattato CE.

Per evitare rischi del genere, lo Stato membro deve ovviamente attivarsi per recuperare gli importi corrispondenti agli aiuti di Stato a suo tempo erogati dando vita all'ultima categoria di procedimenti nei quali lo Stato può rimanere coinvolto.

Per raggiungere tale obiettivo, potrebbe essere anche necessario procedere ad uno snellimento delle procedure di recupero e ad un'accelerazione del loro *iter*.

È da escludere, però, che per raggiungere tale obiettivo, lo Stato membro possa porre in essere particolari procedure di recupero che rendano sostanzialmente impossibile alle imprese, nei confronti delle quali le procedure vengono avviate, l'esercizio dei diritti che l'ordinamento loro riconosce e che la stessa normativa comunitaria loro attribuisce.

È questo invece il modo di procedere che è stato seguito dallo Stato italiano con riferimento alle procedure di recupero degli aiuti di Stato che sono state disciplinate con le disposizioni sopra riportate e sulle quali in prosieguo ci soffermeremo.

III. La nuova disciplina di recupero degli aiuti di Stato davanti ai giudici interni introdotta dal Decreto legge 8 aprile 2008 n. 59

1. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

È indubitabile che la nuova disciplina adottata dallo Stato italiano con gli artt. 1 e 2 del Decreto legge n. 59 dell'8 aprile 2008, è stata introdotta per placare i malumori espressi dalla Commissione europea nella sua Comunicazione pubblicata nel 2007¹² che porta il significativo titolo: «*Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili*»¹³.

In effetti, leggendo la relazione del Disegno di legge di conversione del Decreto legge n. 59/2008, ci vuol poco a capire che lo Stato italiano, adottando la nuova disciplina, vuol dimostrare la propria disponibilità ad osservare la citata Comunicazione della Commissione europea nella quale sono contenute le istruzioni rivolte agli Stati membri per il recupero, in sede nazionale, degli aiuti di Stato considerati illegittimi dalla Commissione medesima.

¹² In *Gu-UE* n. C 272 del 15 novembre 2007, p. 4 ss.

¹³ Sull'impatto di tale Comunicazione v. A. PACE, *Recupero di aiuti di Stato e tutela cautelare*, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, I, p. 867 ss.

Poiché lo Stato italiano è stato recentemente condannato più di una volta dalla Corte di giustizia, per non aver proceduto al recupero di aiuti di Stato considerati illegittimi, la preoccupazione maggiore del nostro Stato è divenuta quella di cercare di fermare una seconda procedura di infrazione con il rischio di subire le conseguenze in precedenza descritte¹⁴.

Poiché, come sappiamo, al termine della seconda procedura di infrazione, la Corte di giustizia potrebbe condannare l'Italia al pagamento della sanzione prevista dall'art. 228 del Trattato CE, non fa meraviglia che sia stata adottata una disciplina nella quale si ignorano i diritti degli operatori italiani che vedono notevolmente limitati i propri diritti di difesa, come subito verrà chiarito.

2. VALUTAZIONI CRITICHE

Come risulta dalla stessa intitolazione degli articoli del Decreto legge qui esaminati, l'art. 1 riguarda le procedure di recupero di aiuti di Stato innanzi agli organi di giustizia civile, mentre l'art. 2 disciplina le procedure di recupero degli aiuti di Stato innanzi agli organi di giustizia tributaria¹⁵.

a. *Con riferimento alle procedure di recupero davanti all'autorità giudiziaria civile*

Occorre subito rilevare che negli articoli appena citati, non viene operata la distinzione fondamentale (concernente le decisioni della Commissione europea in materia di aiuti di Stato) tra le decisioni "*individuali*" e le decisioni sui "*regimi di aiuto*".

Nelle decisioni "*individuali*" la Commissione europea identifica, sempre, i destinatari presso i quali lo Stato deve recuperare gli aiuti, nonché l'importo degli aiuti da recuperare.

Nelle decisioni sui "*regimi di aiuti*"¹⁶, al contrario, non vengono indicati individualmente i destinatari degli aiuti, come non vengono stabiliti gli importi da recuperare e neppure vengono prese in considerazione le singole, specifiche fattispecie in presenza delle quali l'aiuto di Stato può non essere recuperato. Sulla base di tali decisioni sui "*regimi di aiuti*", infatti, sono gli Stati membri che devono procedere tanto all'identificazione dei destinatari quanto alla quantificazione degli importi da recuperare.

¹⁴ Cfr. Relazione al disegno di legge per la Conversione in legge del Decreto legge n. 59/2008, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*, n. 6.

¹⁵ Un'attenta e puntuale analisi critica dell'art. 2 del Decreto legge n. 59/2008 sotto il profilo del diritto tributario è contenuta nell'articolo di C. GLENDI, *Processo tributario e recupero di aiuti di Stato*, in *Corriere tributario*, 2008, p. 1670 ss.

¹⁶ Con riferimento ai "*regimi di aiuti*" v. C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, Cedam, 2000, p. 192 nonché J. P. KEPPELNE, *Guides des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 14-15.

Per portare un esempio di agevole comprensione, con la decisione n. 2003/193, sulla quale più avanti si ritornerà, che ha imposto allo Stato italiano di recuperare gli aiuti di Stato presso le imprese ex-municipalizzate italiane, trattandosi di una decisione su un "*regime di aiuti*", la Commissione ha imposto allo stesso Stato italiano di individuare direttamente le imprese ex-municipalizzate da sottoporre ad escussione e di stabilire gli importi da recuperare.

Orbene, a fronte di una decisione su un "*regime di aiuti*", la Commissione europea sostiene che le imprese coinvolte, anche se facilmente individuabili, non possono impugnare la decisione da essa adottata direttamente davanti al giudice comunitario (Tribunale di primo grado), ma devono difendersi soltanto davanti al competente giudice nazionale, chiedendo, eventualmente, la rimessione degli atti alla Corte di giustizia, instaurando così un procedimento pregiudiziale in base all'art. 234 del Trattato CE.

Questa è infatti la tesi sostenuta dalla Commissione nelle varie cause attualmente pendenti davanti al Tribunale di primo grado tra le aziende ex-municipalizzate italiane e la Commissione medesima.

Se la tesi della Commissione europea fosse corretta (o venisse comunque accolta dal Tribunale di primo grado), ne conseguirebbe che, in futuro, un'impresa coinvolta in una decisione su un "*regime di aiuti*", anche se «*chiaramente individuabile*» come destinataria della decisione, non potendo impugnare davanti al Giudice comunitario la decisione della Commissione per «*motivi attinenti alla legittimità delle decisioni di recupero*» (cfr. art. 1, par. 2, del Decreto legge sopra riportato e qui esaminato) non avrebbe alcuna possibilità di ottenere la sospensione del provvedimento di recupero, davanti al Giudice nazionale, perché il citato art. 1, par. 2, consente all'impresa di chiedere la sospensione soltanto nell'ipotesi in cui la stessa abbia impugnato la decisione della Commissione davanti al Giudice comunitario (ciò che, come abbiamo precisato, l'impresa non può fare in caso di decisione su un "*regime di aiuti*").

Ma non solo l'impresa colpita da una decisione su un "*regime di aiuti*" non potrebbe chiedere la sospensione del provvedimento di recupero, per i motivi appena visti (cfr. art. 1, par. 2, del Decreto qui esaminato), ma non potrebbe neppure chiedere al giudice la rimessione degli atti alla Corte di giustizia, in base all'art. 234 del Trattato CE, perché il giudice, per rimettere gli atti alla Corte di giustizia e sospendere il giudizio pendente davanti a sé, deve necessariamente sospendere il provvedimento di recupero. Ma se il giudice non è legittimato a sospendere il provvedimento di recupero, quando l'impresa non ha impugnato la decisione della Commissione che l'aveva "*chiaramente*" individuata, lo stesso non avrà motivo di rimettere gli atti della causa alla Corte di giustizia perché la mancata sospensione del provvedimento di recupero significa che lo stesso giudice considera corretta la decisione della Commissione che l'impresa (non potendo) non ha impugnato. Ne consegue che lo stesso giudice potrà ritenersi autorizzato ad applicare la decisione diret-

tamente nei confronti dell'impresa.

Come si vede, nel caso di decisioni della Commissione su "*regimi di aiuti*", le imprese rimangono prive degli strumenti di difesa sia davanti all'autorità giudiziaria comunitaria, sia davanti all'autorità giudiziaria italiana.

Ciò costituisce violazione delle regole di procedura previste dal Trattato CE, nonché violazione del principio fondamentale del diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione italiana e dall'art. 6 della Convenzione sui diritti dell'uomo. Senza contare che la disposizione qui contestata disattende in pieno la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. sentenze: *Zuckerfabrick*¹⁷ e *Atlanta*¹⁸) che consente al giudice nazionale di sospendere sempre il provvedimento nazionale se ritiene che sussistano validi motivi.

Dalle considerazioni che precedono, si deduce che gli strumenti di difesa previsti dall'ordinamento comunitario, potrebbero essere considerati rispettati soltanto nei casi di "*decisioni individuali*".

Infatti in tali casi le imprese interessate hanno sempre la possibilità di impugnare le "*decisioni individuali*" davanti all'autorità giudiziaria comunitaria, per cui le stesse imprese potranno avvalersi degli strumenti messi a loro disposizione dall'art. 1 del Decreto legge qui esaminato, qualora dovessero essere poste di fronte alle pretese di recupero fatte valere dallo Stato italiano.

Ma l'osservanza dei principi di cui sopra potrebbe essere assicurata soltanto con riferimento ai casi contemplati nell'art. 1 del Decreto qui esaminato e non con riferimento ai casi contemplati nell'art. 2 del medesimo Decreto.

Infatti, come più sopra ricordato, mentre l'art. 1 contempla l'esercizio, da parte delle imprese, del loro diritto di difesa davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, l'art. 2 si riferisce all'esercizio dello stesso diritto di difesa davanti alle Commissioni tributarie.

b. *Con riferimento alle procedure di recupero davanti alle Commissioni tributarie*

Come è noto le Commissioni tributarie sono, per legge, unicamente competenti per la materia fiscale. Infatti ad esse sono espressamente riservate «*tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere*¹⁹».

In materia di aiuti di Stato, invece, non vi sono imposte o tributi da recuperare ma, bensì, "*aiuti di Stato*", sulla base dei principi e delle regole derivanti unicamente dall'ordinamento comunitario e non dalla legge tributaria italiana.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 1991 in cause riunite n. C-143/88 e n. C-92/89, *Zuckerfabrik Suederdithmarschen Ag e Zuckerfabrik Soest GmbH c. Hauptzollamt Itzehoe e Hauptzollamt Paderborn*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 415 ss.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1995 in causa n. C-465/93, *Atlanta Fruithandels-gesellschaft e.a. (I) c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3761 ss. Cfr., per analoghi profili, la recentissima sentenza del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06, *Cartesio*, inedita in *Raccolta*.

¹⁹ Cfr. art. 2 dlgo n. 546 del 31 dicembre 1992, in *Guri* n. 9 del 13 gennaio 1993, *suppl. ord.*

Ne consegue che le eventuali disposizioni italiane che trasferiscono la competenza in materia di aiuti di Stato alle Commissioni tributarie appaiono incostituzionali, perché in contrasto con l'art. 25, primo comma della Costituzione italiana secondo cui: *«nessuno può essere distolto dal giudice naturale, precostituito per legge»*.

Un'indiretta conferma dell'esattezza della tesi qui sostenuta si deduce dalla sentenza della Corte costituzionale emessa il 19 dicembre 1974 in causa n. 287/1974, nella quale la Corte ha dovuto pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle norme italiane che attribuivano competenze esclusive alle Commissioni tributarie.

Come si deduce da tale sentenza, la competenza delle Commissioni tributarie può essere considerata costituzionalmente legittima, in quanto strettamente riferita alle problematiche fiscali per la cui soluzione sono richieste nozioni e conoscenze tecniche specifiche che possono non essere adeguatamente in possesso dei giudici ordinari.

Ciò detto, appare però evidente che non può avere rilevanza alcuna la competenza tecnica delle Commissioni tributarie quando l'oggetto delle cause davanti ad esse proposte riguarda, come nelle fattispecie in esame, il diritto del contribuente di opporsi alla pretesa dell'Autorità tributaria per motivi completamente diversi da quelli di natura fiscale, in quanto basati sul diritto comunitario e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia elaborata con riferimento alle procedure di recupero, da parte degli Stati membri, di importi dovuti dalle imprese a titolo di aiuti di Stato.

A ben vedere il trasferimento delle competenze alle Commissioni tributarie non viola soltanto l'art. 25, primo comma, della Costituzione ma anche i primi due commi dell'art. 113 della Costituzione medesima secondo cui: *«contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti»*.

Per di più, se le imprese sono costrette a difendersi unicamente davanti alle Commissioni tributarie, non possono avvalersi dei mezzi di difesa testimoniali, in quanto tali mezzi non sono ammessi nel processo davanti alle Commissioni tributarie²⁰. Inoltre, con riferimento alle difese che il contribuente può svolgere nei procedimenti di esecuzione forzata, conseguenti a controversie di natura tributaria, l'art. 57 del dpr n. 602/1973 dichiara inammissibili le opposizioni ex art. 615 ed ex art. 617 del Codice di procedura civile.

Infine, per rendersi conto delle conseguenze pregiudizievoli che le imprese sono costrette a subire in caso di difesa davanti alle Commissioni tributarie, basta prendere in considerazione le motivazioni della sentenza della Corte

²⁰ Cfr. art. 7, quarto comma, del citato dlgs n. 546 del 31 dicembre 1992.

di giustizia pronunciata il 20 settembre 1990, nei confronti della Germania, nella causa n. 5/89²¹.

In tale causa la Germania era stata condannata, sulla base di una decisione della Commissione europea, a recuperare un aiuto di Stato considerato illegittimo.

Orbene, al punto n. 16 di tale sentenza la Corte di giustizia afferma che *«Non può certamente escludersi la possibilità, per il beneficiario di un aiuto illegittimamente concesso, di invocare circostanze eccezionali sulle quali egli abbia potuto fondare il proprio affidamento nella natura regolare dell'aiuto e di opporsi, conseguentemente, alla sua ripetizione. In tale ipotesi spetta al giudice nazionale eventualmente adito valutare, se necessario dopo aver proposto alla Corte delle questioni pregiudiziali di interpretazione, le circostanze del caso di specie»*.

Come si vede, la Corte di giustizia riconosce che anche nel caso di un'impresa beneficiaria di un aiuto dichiarato illegittimo, tale impresa può sicuramente invocare, davanti al giudice nazionale, il principio dell'affidamento legittimo²² per evitare di dover rimborsare l'aiuto in un'eventuale azione di recupero introdotta contro di essa dal proprio Stato.

Dovendo quindi provare specifiche circostanze per poter invocare il principio dell'affidamento legittimo, sul quale risulta possibile fondare le proprie difese, l'impresa interessata sarà necessariamente costretta a ricorrere a prove testimoniali, le sole in grado di garantire risultati decisivi in una causa di responsabilità.

Appare quindi di tutta evidenza che, essendo esclusa l'ammissibilità delle prove testimoniali davanti alle Commissioni tributarie, l'impresa colpita verrebbe privata di uno strumento fondamentale su cui fondare le proprie difese.

Dalle considerazioni sopra svolte si deduce chiaramente che la procedura, volta al recupero degli aiuti di Stato sulla base dell'art. 2 del Decreto legge qui esaminato, è suscettibile di produrre gravi pregiudizi a carico di un'impresa interessata²³.

Tale procedura di recupero degli aiuti di Stato è basata su disposizioni legislative che sono da ritenere incostituzionali, come sopra è stato dimostrato.

²¹ In *Raccolta*, 1990, I, p. 3437 ss.

²² Sull'affidamento legittimo, in materia di aiuti di Stato, v. T. BALLARINO - L. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997, p. 140 ss.

²³ Altre conseguenze pregiudizievoli sono rilevate da C. GLENDI, *Processo tributario*, cit. *supra*, nota 15.

IV. La disciplina di recupero degli aiuti di Stato prevista dall'art. 24 del Decreto legge 29 novembre 2008 n. 185

1. PREMESSE

Con una specifica disposizione (art. 24) inserita in un Decreto legge (n. 185 del 29 novembre 2008) che, per ironia della sorte, prevede l'adozione di «*misure urgenti*» anche a favore delle imprese, lo Stato italiano ha ritenuto di poter rendere ancor più vessatorie le procedure di recupero degli aiuti di Stato a carico delle imprese italiane ex-municipalizzate, nei confronti delle quali già trovano applicazione le gravose disposizioni contenute nel Decreto legge n. 59/2008 sopra criticate.

Per rendere più comprensibile l'assurdità del modo di procedere dello Stato italiano, occorre far precedere l'analisi critica da una sintetica premessa.

Alcune brevi indicazioni illustrative bastano infatti a mettere in luce le incongruenze che hanno caratterizzato gli sviluppi del trattamento riservato alle aziende ex-municipalizzate.

2. LA NUOVA PROCEDURA DI RECUPERO DEGLI AIUTI DI STATO NEI CONFRONTI DELLE IMPRESE EX-MUNICIPALIZZATE

Come si ricorderà, agli inizi degli anni Novanta, dopo il crollo del muro di Berlino e il disfacimento dell'Unione Sovietica, sono stati avviati, all'interno dei Paesi membri dell'Unione europea, numerose iniziative per il rilancio delle attività imprenditoriali attraverso concreti programmi di liberalizzazione economica.

Seguendo le indicazioni della Commissione europea, gli Stati membri hanno iniziato a rendere i mercati più competitivi, riducendo l'intervento pubblico in economia mediante la privatizzazione delle imprese in precedenza controllate dallo Stato e dagli Enti pubblici.

Anche in Italia si è cominciato, in quel periodo, a liberalizzare il mercato cercando di smantellare gradatamente le strutture monopolistiche (energia, trasporti, etc.) e di privatizzare le imprese appartenenti allo Stato (Banche, etc.).

Anche per le aziende municipalizzate è stato previsto un apposito programma di privatizzazione²⁴. Queste aziende, come è noto, appartengono agli Enti pubblici locali (Comuni, Province, etc.) e svolgono la loro attività nei settori nei quali si richiede l'erogazione dei servizi di interesse generale (acqua, energia elettrica, gas, trasporti urbani, etc.).

Secondo la legislazione fiscale, all'epoca vigente (e tuttora applicabile), le aziende municipalizzate non erano assoggettate alle imposte dirette, in quanto

²⁴ Cfr., per quanto riguarda gli strumenti giuridici da utilizzare, la legge n. 142 dell'8 giugno 1990, in *Guri* n. 135 del 12 giugno 1990, *suppl. ord.*

beneficiavano dello stesso trattamento fiscale riservato agli Enti pubblici di appartenenza che erano, per legge, esentati dall'imposizione sui redditi.

L'attuazione del citato programma di privatizzazione per le aziende municipalizzate avrebbe comportato la loro trasformazione in società di diritto privato con la conseguente applicazione, anche nei loro confronti, del regime normale di imposizione diretta sui redditi.

Per questo, nei primi anni Novanta, nessun Ente pubblico aveva accolto l'invito a privatizzare le proprie aziende municipalizzate e nessuna di esse è stata trasformata in società di diritto privato.

Considerata l'impossibilità di costringere gli Enti pubblici ad effettuare la privatizzazione obbligatoria delle proprie aziende municipalizzate, lo Stato italiano ha ideato una soluzione ragionevole, consistente nella concessione di un'esenzione fiscale triennale per le aziende municipalizzate che decidevano di trasformarsi in società di diritto privato. Più precisamente, le aziende municipalizzate che si trasformavano, ad esempio, in società per azioni, pur rimanendo assoggettate agli obblighi contabili previsti per tali società, venivano esentate, per un periodo di tre anni (a partire dalla data della loro trasformazione) dall'applicazione delle imposte dirette sui redditi.

Questa proposta, che ha avuto notevole risonanza in quanto è stata ampiamente pubblicizzata attraverso la radio, la televisione e i giornali, è stata alla fine accolta dagli Enti pubblici. Di conseguenza lo Stato italiano, a metà degli anni Novanta, ha provveduto ad adottare l'apposita normativa sulla cosiddetta "*moratoria fiscale*"²⁵, che ha alla fine reso possibile la trasformazione, in società per azioni, di numerose aziende municipalizzate.

È da ritenere indiscutibile la ragionevolezza della soluzione che è stata trovata, sotto il profilo giuridico-economico, dato che, senza di essa, nessuna azienda municipalizzata si sarebbe trasformata in società di diritto privato e avrebbe continuato a beneficiare, per il futuro, dell'esenzione dalle imposte dirette. Si è anche trattato, a ben vedere, di una soluzione di buon senso, perché ha portato gli Enti pubblici a mettere ordine nei loro bilanci, obbligandoli soprattutto a tenere distinta la contabilità delle aziende municipalizzate da quella relativa all'attività istituzionale degli Enti pubblici dai quali le stesse erano controllate.

Ciononostante, inopinatamente, la Commissione europea ha equiparato la "*moratoria fiscale*" ad un aiuto di Stato, ritenendo che l'esenzione triennale a favore delle aziende ex-municipalizzate, prevista dalla normativa fiscale italiana, alterasse le condizioni di concorrenza sul mercato europeo, consentendo alle imprese beneficiarie di ricevere, in sostanza, un sussidio triennale da parte dello Stato, sottoforma di esenzione fiscale.

²⁵ Si tratta degli artt. 3, comma 70, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, e 66, comma 14, del decreto legge 30 agosto 1993, n. 331, convertito con modificazioni, dalla legge 29 ottobre 1993, n. 427.

La posizione della Commissione, formalizzata in una decisione pubblicata nel 2003 (n. 2003/193)²⁶, è stata contestata dallo Stato italiano e dalle imprese ex-municipalizzate in diversi procedimenti tuttora pendenti davanti al Tribunale di primo grado di Lussemburgo.

La posizione della Commissione, sulla quale fra breve il Tribunale di primo grado si pronuncerà²⁷, analizzata alla luce dei recenti interventi pubblici, resi necessari per far fronte all'attuale crisi finanziaria internazionale, desta più di un sorriso.

Attualmente, infatti, si consente agli Stati membri, senza batter ciglio, di intervenire con investimenti pubblici massicci per salvare dal fallimento imprese di diritto privato in difficoltà che non sarebbero in grado di salvarsi da sole.

Nel caso delle imprese ex-municipalizzate, al contrario, si insiste nella pretesa di far pagare ad imprese ex-pubbliche, trasformate in società di diritto privato, specifici importi (imposte bonificate) che le stesse non avrebbero mai pagato se non si fossero trasformate in società di diritto privato, pur continuando ad esercitare l'attività in precedenza svolta. La disparità di trattamento e la sproporzione nelle pretese appena segnalate appaiono evidenti e richiederebbero un'attenta riflessione da parte della Commissione europea e da parte dello Stato italiano.

In pendenza dei procedimenti di opposizione davanti al Tribunale di primo grado, sopra ricordati, la Commissione europea, non soddisfatta delle iniziative avviate dallo Stato italiano, mediante l'art. 27 della legge n. 62 del 18 aprile 2005, per recuperare gli aiuti di Stato dichiarati illegittimi con la citata decisione n. 2003/193, ha introdotto il procedimento di infrazione ex art. 88, par. 2, secondo comma, del Trattato CE, ottenendo in data 1° giugno 2006 una prima sentenza di condanna dell'Italia nella causa n. 207/05²⁸.

A seguito di tale condanna, lo Stato italiano ha quindi adottato, in sostituzione delle disposizioni precedentemente in vigore che la Commissione aveva ritenute inadeguate, una specifica disciplina per il recupero degli aiuti di Stato nei confronti delle imprese ex-municipalizzate, che è stata inserita nel Decreto legge n. 10 del 15 febbraio 2007²⁹.

²⁶ Decisione della Commissione, del 5 giugno 2002, relativa all'aiuto di Stato relativo alle esenzioni fiscali e prestiti agevolati concessi dall'Italia in favore di imprese di servizi pubblici a prevalente capitale pubblico C 27/99, in *Gu-UE* n. L 77 del 24 marzo 2003, p. 21.

²⁷ Il Tribunale di primo grado si pronuncerà il prossimo 11 giugno 2009.

²⁸ In *Raccolta*, 2006, I, p. 70*, pubblicazione sommaria.

²⁹ *Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali*, in *Guri* n. 38 del 15 febbraio 2007. Tale Decreto è stato convertito in legge, con modificazioni dall'art. 1, L. 6 aprile 2007, n. 46, in *Guri* n. 84 dell'11 aprile 2007. L'art. 1, comma 11, del decreto legge n. 10/2007 ha abrogato il comma 6 dell'art. 27 della legge n. 62 del 18 aprile 2005 che aveva fissato i criteri per l'adozione delle linee guida da seguire per il recupero degli aiuti di Stato dichiarati illegittimi con la decisione della Commissione n. 2003/193, esaminata nel testo. Le predette linee guida non sono mai state pubblicate. È stato invece pubblicato in *Guri* n. 136 del 14 giugno 2005 un

Come è noto, con tale disciplina, la competenza a procedere al recupero degli aiuti di Stato nei confronti delle imprese ex-municipalizzate è stata attribuita alle Agenzie delle entrate competenti per territorio e la giurisdizione, in caso di opposizione contro gli atti delle Agenzie delle entrate, è stata affidata alle Commissioni tributarie.

Gli atti adottati dalle Agenzie delle entrate hanno dato origine a numerose contestazioni sfociate in procedimenti di opposizione generalmente introdotti davanti alle Commissioni tributarie provinciali competenti per territorio.

Gli esiti dei procedimenti in primo grado sono stati diversi e spesso volte contrastanti.

La ragione della disparità delle decisioni adottate dalle Commissioni tributarie è da ricercarsi nel fatto che le Agenzie delle entrate, in mancanza di istruzioni sul modo di procedere nell'accertamento degli importi da considerare aiuti di Stato, hanno seguito criteri diversi e divergenti.

Che problemi del genere fossero facilmente prevedibili risulta dalle considerazioni in precedenza svolte con riferimento alle difficoltà determinate dall'esecuzione delle decisioni della Commissione europea che dichiarano l'illegittimità di "*regimi di aiuti*".

In tali decisioni, come già rilevato, la Commissione europea impone infatti allo Stato membro di identificare esso stesso l'impresa beneficiaria dell'aiuto nonché di quantificare l'importo da recuperare.

Considerata la difficoltà e la complessità della materia di cui si discute, era quindi prevedibile che le Agenzie delle entrate non fossero in grado di dare un'attuazione corretta alla decisione della Commissione n. 2003/193 nei confronti delle imprese ex-municipalizzate³⁰.

Ma nonostante fossero evidenti le ragioni delle difficoltà incontrate dalle Agenzie delle entrate, invece di stabilire, con un'apposita normativa, alcune regole precise alle quali sarebbe stato necessario attenersi per dare corretta attuazione alla decisione della Commissione³¹, lo Stato italiano ha adottato l'art. 24 del Decreto legge 29 novembre 2008 n. 185 (sopra riportato) che ha

provvedimento contenente alcune modalità di applicazione di quanto previsto dal citato comma n. 6, successivamente abrogato.

³⁰ Occorre ricordare che la Commissione nei *considerando* della stessa decisione n. 2003/193, esaminata nel testo, ha chiaramente fatto riferimento alla necessità che il Governo italiano individuasse le imprese beneficiarie degli aiuti e gli importi da recuperare precisando che: «42. (...) *L'analisi della Commissione verte (...) sui regimi di aiuto istituiti dalle misure descritte e non sulle misure individuali di aiuto concesse alle singole imprese (...).* 43. (...) *Di conseguenza la Commissione è tenuta, alla luce della natura stessa delle misure, ad un esame generale ed astratto dei regimi sia in ordine alla loro qualificazione come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, par. 1, del Trattato sia in ordine alla questione della loro compatibilità. (...).* 44. *La Commissione pertanto non esamina l'applicazione delle misure nei singoli casi individuali. (...) La Commissione non conosce il numero esatto né l'identità dei beneficiari delle misure in esame, non dispone di tutte le informazioni pertinenti e non conosce l'ammontare dell'aiuto concesso nei singoli casi.*».

³¹ Anche riprendendo, in sostanza, i criteri indicati nel comma n. 6 dell'art. 27 della legge n. 62/2005 (poi abrogato) cui è stato fatto riferimento più sopra nella nota 29.

complicato ulteriormente la situazione, rendendo ancor più vessatoria, ai danni delle imprese ex-municipalizzate, come più sopra ricordato, le procedure di recupero degli aiuti di Stato.

L'aggravamento delle procedure ai danni delle imprese ex-municipalizzate, come si ricava dalla relazione governativa che illustra l'inserimento dell'art. 24 nel Decreto legge n. 185/2008, appare soprattutto motivato dalla necessità di proteggere l'interesse dello Stato italiano.

In tale relazione si fa riferimento, infatti, all'avvio di un procedimento ex art. 228 del Trattato CE nei confronti dell'Italia che, come sappiamo, può comportare, in caso di esito negativo per lo Stato, l'applicazione di sanzioni da parte della Corte di giustizia.

Orbene, tale aggravamento delle procedure ai danni delle imprese ex-municipalizzate, dovuto all'art. 24 del par. 1 del Decreto legge n. 185/2008, si è verificato con l'impiego del peggior strumento che si potesse immaginare.

Tale disposizione affida infatti alle Agenzie delle entrate il compito di effettuare il recupero degli aiuti di Stato *«secondo i principi e le ordinarie procedure di accertamento e riscossione previste per le imposte sui redditi»*.

Basta leggere questa disposizione per comprendere la gravità dell'errore in cui è caduto lo Stato italiano.

Se le Agenzie delle entrate devono effettuare gli accertamenti per l'individuazione degli aiuti di Stato da recuperare, ricorrendo alle ordinarie procedure previste per le imposte sui redditi, significa che le stesse Agenzie devono accertare le imposte che si sarebbero dovute calcolare se le imprese ex-municipalizzate fossero state assoggettate all'imposizione diretta sui redditi e non gli importi da considerare aiuti di Stato secondo la decisione della Commissione n. 2003/193 più volte menzionata.

Lo Stato italiano, in base alla decisione della Commissione n. 2003/193, deve infatti accertare se le singole imprese ex-municipalizzate, con riferimento alla loro posizione specifica nel mercato nel quale operavano al tempo della moratoria fiscale, sono risultate beneficiarie di aiuti di Stato³².

Di conseguenza, se il mercato nel quale le imprese ex-municipalizzate operavano negli anni dal 1996 fino al 1999 risultava chiuso alla concorrenza, in tal caso nessuna impresa ex-municipalizzata potrebbe essere considerata beneficiaria di aiuti di Stato.

Orbene, questa situazione è stata esaminata nelle cause attualmente ancora pendenti davanti al Tribunale di primo grado alle quali abbiamo più sopra fatto riferimento. Appare quindi necessario attendere le sentenze del Tribunale di primo grado per veder risolto questo problema di diritto.

³² Ciò viene stabilito nel *considerando* n. 126 della citata decisione della Commissione n. 2003/193 dove si afferma che: *«(...) La Commissione fa inoltre presente che una decisione relativa a regimi di aiuto non pregiudica la possibilità che aiuti individuali siano considerati, interamente o parzialmente, compatibili con il mercato comune per ragioni attinenti al caso specifico (...)»*.

Ciò precisato, si comprende immediatamente che l'obbligo di accertamento imposto alle Agenzie delle entrate dall'art. 24 (par. 1) del Decreto legge n. 185/2008, non ha alcun senso, perché impone alle Agenzie di effettuare una verifica di natura meramente contabile che non risponde affatto a quanto richiesto dalla decisione della Commissione n. 2003/193.

Inoltre, non avrebbe neppure alcun senso costringere un'impresa ex-municipalizzata a versare una somma pari all'importo dell'imposta accertata dall'Agenzia delle entrate in base alle procedure previste per le imposte sui redditi, qualora, secondo le sentenze del Tribunale di primo grado di imminente pubblicazione (11 giugno 2009), la stessa impresa non dovesse essere considerata beneficiaria di alcun aiuto di Stato.

Ne consegue che, per non creare inutili disagi anche agli Enti pubblici comunali con i quali le imprese ex-municipalizzate sono legate, le Agenzie delle entrate dovrebbero basare i loro accertamenti non sui dati contabili da utilizzare per le verifiche fiscali, ma bensì sulle conclusioni alle quali perverrà il Tribunale di primo grado nelle sentenze di prossima emissione.

Purtroppo, le Agenzie delle entrate, in base al par. 3 dell'art. 24 qui esaminato, avrebbero dovuto notificare gli avvisi di accertamento alle imprese ex-municipalizzate entro il 29 marzo 2009 (120 giorni dalla data di entrata in vigore del Decreto legge n. 185/2008) per cui non avrebbero potuto, in ogni caso, tener conto delle conclusioni del Tribunale di primo grado, attese con le sentenze sopra menzionate.

Se avessero potuto seguire un tal modo di procedere, le Agenzie delle entrate sarebbero state rispettose dei principi comunitari perché avrebbero posto come parametri di riferimento, per accertare gli importi da recuperare a titolo di aiuti di Stato, quelli ricavabili dalle sentenze del Tribunale di primo grado e non le verifiche fiscali da loro effettuate sulla base di dati contabili assolutamente inconferenti.

D'altra parte, la vera preoccupazione dello Stato italiano dovrebbe essere quella di predisporre regole per consentire il corretto recupero degli aiuti di Stato e non quella di recuperare un qualsiasi importo per dimostrare una qualche attività al solo scopo di evitare di subire le conseguenze di una procedura di infrazione introdotta ex art. 228 del Trattato CE dalla Commissione europea.

Sarebbe stato, pertanto, ragionevole far apportare dal Parlamento un emendamento all'art. 24 del Decreto legge n. 185/2008, in sede di conversione in legge del medesimo, per ottenere l'inserimento di una frase nel testo del par. 1 dello stesso art. 24.

Più precisamente, dopo la frase *«secondo i principi e le ordinarie procedure di accertamento e riscossione previste per le imposte sui redditi»* si sarebbe potuto aggiungere la frase *«tenendo in considerazione le conclusioni alle quali sarà pervenuto il Tribunale di primo grado nelle sue sentenze che*

verranno pronunciate nelle seguenti cause ...³³».

In tal modo sarebbe stato possibile evitare alle Agenzie delle entrate di commettere errori clamorosi con pericolose ripercussioni sulle imprese ex-municipalizzate attualmente quotate in borsa, consentendo alle stesse Agenzie di procedere secondo criteri omogenei e fondati su valutazioni eseguite, in modo serio e ragionato, dall'Autorità giudiziaria europea più competente a pronunciarsi in questa materia.

La legge di conversione del Decreto legge n. 185/2008³⁴ non ha apportato emendamenti al testo dell'art. 24 sopra esaminato. In sede di conversione è stato però approvato dal Parlamento un Ordine del giorno (9/1972/71 del 14 gennaio 2009) che, riprendendo i criteri cui si fa cenno nell'art. 27, comma 6, della legge n. 62/2005, sopra citato³⁵, ha precisato i termini relativi alle modalità di recupero.

In particolare, tale Ordine del giorno, dopo aver premesso che: *«si ritiene necessario chiarire i termini reali e corretti dell'attività di recupero fiscale, specificando che questa non può sostanzarsi in un mero accertamento fiscale, privo di criteri di sorta ma deve essere diretta alla determinazione, nell'anz e nel quantum, degli aiuti da recuperare, chiarendo in particolare che gli stessi sono recuperabili solo se effettivamente fruiti e verificando caso per caso se le società abbiano effettivamente goduto di illegittimi aiuti di Stato che abbiano alterato i principi di libera concorrenza e di libertà di stabilimento delle imprese: coerentemente con i principi suddetti devono essere considerate estranee all'azione di recupero quelle risorse che siano già state oggetto di forme di restituzione,»* giunge alla individuazione dei criteri che il Governo dovrà segnalare all'Agenzia delle entrate.

L'Ordine del giorno, pertanto, *«impegna il Governo, conformemente alla disciplina comunitaria applicabile ed alla decisione della Commissione europea n. 2003/193/Ce del 5 giugno 2002, a prevedere che l'Agenzia delle Entrate provveda al recupero degli aiuti nella misura ed entro i limiti della loro effettiva fruizione; a procedere al recupero degli aiuti equivalente alle imposte non corrisposte attraverso procedure e modalità effettive di recupero, coerenti con quanto richiesto in sede UE a seguito della decisione n. 2003/193; a verificare caso per caso le società che abbiano effettivamente goduto di illegittimi aiuti di Stato, scomputando gli eventuali aiuti illegittimi, censurati dalla decisione n. 2003/193, e già effettivamente recuperati; ad effettuare l'azione di recupero con esclusivo riguardo alla misura ed alla effettiva fruizione degli aiuti da parte dei beneficiari, considerando estranee all'azione di re-*

³³ Si tratta delle cause n. T-292/02, n. T-297/02, n. T-300/02, n. T-301/02, n. T-309/02, n. T-189/03 e n. T-222/04 attualmente pendenti davanti al Tribunale di primo grado, tra la Commissione e le diverse imprese ex-municipalizzate italiane.

³⁴ *Cit. supra*, nota 1.

³⁵ *Cfr. supra*, note 29 e 31.

cupero quelle risorse che siano già state oggetto di forme di restituzione».

Come si vede, pertanto, con l'Ordine del giorno sopra riportato, il Governo ed il Parlamento cercano di rimediare agli errori in precedenza commessi, che hanno già procurato numerose conseguenze pregiudizievoli alle imprese ex-municipalizzate.

Tale tardivo ravvedimento non avrebbe però potuto produrre alcun effetto concreto se fosse rimasto inalterato il termine di 120 giorni (con scadenza il 29 marzo 2009) entro il quale le Agenzie delle entrate erano tenute a notificare gli avvisi di accertamento in base al par. 3 dell'art. 24 del Decreto legge n. 185/2008, come più sopra è stato segnalato.

Fortunatamente con l'art. 7 del Decreto legge n. 5 del 10 febbraio 2009, sopra riportato, definitivamente convertito in legge³⁶, il termine di 120 giorni (dall'entrata in vigore del Decreto legge n. 185/2008) è stato considerato ordinario, consentendo alle Agenzie delle entrate di procedere alle notifiche degli accertamenti entro la fine del 2009.

Le Agenzie delle entrate, come auspicato in questo scritto, dispongono quindi di tutto il tempo necessario per esaminare in modo approfondito le sentenze del Tribunale di primo grado che saranno emesse il prossimo 11 giugno 2009. In base a tali sentenze le Agenzie delle entrate potranno pertanto decidere, con cognizione di causa, in che modo comportarsi e i giudici nazionali in che modo affrontare e risolvere le eventuali controversie che dovessero sorgere.

Una considerazione finale, in guisa di conclusione, si rende ora opportuna al termine del presente commento.

Dalle confuse e contorte vicende relative alle procedure di recupero degli aiuti di Stato, introdotte nei confronti delle imprese ex-municipalizzate, che abbiamo in precedenza descritto, è possibile ricavare un insegnamento da cui soprattutto la Commissione europea dovrebbe tener conto per il futuro.

Quando la Commissione adotta, nei confronti di uno Stato membro, una decisione che dichiara l'illegittimità di un "*regime di aiuti*" affidando allo stesso Stato membro il compito di individuare le imprese beneficiarie degli aiuti nonché gli specifici importi da recuperare nei confronti delle singole imprese, dovrebbe astenersi dall'avviare una procedura di infrazione contro lo Stato membro considerato, qualora lo stesso non riesca ad effettuare concretamente il recupero degli aiuti nei tempi previsti e qualora la decisione della Commissione sia stata impugnata dalle imprese interessate davanti al Tribunale di primo grado.

In un caso del genere, la Commissione dovrebbe attendere la sentenza del Tribunale di primo grado prima di avviare, davanti alla Corte di giustizia, l'e-

³⁶ *Cit. supra*, nota 1.

ventuale procedura di infrazione contro lo Stato, per dar modo allo Stato di tener conto delle indicazioni risultanti dalla predetta sentenza³⁷.

Attendendo l'emissione della sentenza del Tribunale di primo grado prima di avviare la procedura di infrazione, lo Stato membro interessato non sarà costretto – allo scopo di accelerare le azioni di recupero degli aiuti nei confronti delle imprese, nell'intento di sottrarsi al rischio delle penalità – ad introdurre procedure vessatorie gravemente lesive dei diritti delle imprese medesime, come è avvenuto nel caso delle procedure di recupero, sopra descritte, nei confronti delle imprese ex-municipalizzate.

Un tal modo di procedere non dilaterrebbe, in ogni caso, i tempi di recupero, perché, come l'esperienza ha dimostrato³⁸ e come la stessa Commissione ha riconosciuto nella sua Comunicazione del 2007 citata agli inizi (cfr. nota 10), la durata delle procedure di recupero degli aiuti di Stato, specie nel caso di decisioni sui "regimi di aiuti", è sempre notevole a causa della complessità delle azioni da esperire e della macchinosità delle regole procedurali nazionali da applicare. Sembra pertanto evidente che le procedure di recupero sarebbero agevolate qualora sia le Amministrazioni pubbliche sia i giudici nazionali, investiti delle relative cause, potessero disporre di sentenze del Tribunale di primo grado dalle quali ricavare tutte le informazioni di cui avessero necessità³⁹.

Fausto Capelli

³⁷ D'altra parte, la sentenza emessa dalla Corte di giustizia al termine del procedimento di infrazione si limita a constatare che lo Stato membro inadempiente non ha provveduto a recuperare gli aiuti entro i termini previsti, ma non aiuta in alcun modo lo Stato medesimo ad individuare le modalità da seguire per recuperare correttamente gli aiuti predetti.

³⁸ Cfr. B. TRAVAGLIA, *Gli obblighi dello Stato in materia di aiuti pubblici alle imprese*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2008, p. 822, spec. p. 837 ss.; cfr. anche E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, *passim*.

³⁹ D'altra parte, se la stessa Commissione ritiene utile che i giudici nazionali possano ad essa rivolgersi per avere informazioni anche sul modo di applicare le regole in materia di recupero degli aiuti di Stato (cfr. *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali* (n. 2009/C 85/01), punti 77-81, in *Gu-Ue* n. C 85 del 9 aprile 2009, p. 1, destinata a sostituire la precedente comunicazione del 1995 dal titolo *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) è da ritenere, a maggior ragione, che tanto le Amministrazioni pubbliche quanto i giudici nazionali possano ricavare utili e disinteressate informazioni dalle sentenze del Tribunale di primo grado che, a differenza della Commissione, non è parte in causa. Su tale ultimo aspetto, v. A. SAGGIO, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 1 ss., spec. p. 19 ss.

L'ITALIA MODIFICA LA NORMATIVA SULL'ELEZIONE DEI RAPPRESENTANTI AL PARLAMENTO EUROPEO

Legge 20 febbraio 2009, n. 10 - Modifiche alla legge 24 gennaio 1979, n. 18, concernente l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia*

Articolo 1

1. Al primo comma dell'art. 21 della legge 24 gennaio 1979, n. 18, sono apportate le seguenti modificazioni:

a. dopo il numero 1. è inserito il seguente:

«1-*bis* individua le liste che abbiano conseguito sul piano nazionale almeno il 4 per cento dei voti validi espressi»;

b. il numero 2. è sostituito dal seguente:

«2. procede al riparto dei seggi tra le liste di cui al numero 1-*bis* in base alla cifra elettorale nazionale di ciascuna lista. A tal fine divide il totale delle cifre elettorali nazionali delle liste ammesse alla ripartizione dei seggi per il numero dei seggi da attribuire, ottenendo così il quoziente elettorale nazionale. Nell'effettuare la divisione trascura l'eventuale parte frazionaria del quoziente. Divide, poi, la cifra elettorale nazionale di ciascuna lista per tale quoziente. Attribuisce quindi ad ogni lista tanti seggi quante volte il quoziente elettorale nazionale risulti contenuto nella cifra elettorale nazionale di ciascuna lista. I seggi che rimangono ancora da attribuire sono rispettivamente assegnati alle liste per le quali le ultime divisioni hanno dato maggiori resti e, in caso di parità di resti, a quelle liste che abbiano avuto la maggiore cifra elettorale nazionale; a parità di cifra elettorale nazionale si procede per sorteggio. Si considerano resti anche le cifre elettorali nazionali delle liste che non hanno raggiunto il quoziente elettorale nazionale».

2. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

* In *Guri* n. 44 del 23 febbraio 2009. In argomento v. *infra*, p. 169 ss., il commento di *VINCENZO TINTO*.

LA NUOVA LEGGE SULLA ELEZIONE DEI MEMBRI ITALIANI AL PARLAMENTO EUROPEO

Sommario: *Premessa - 1. La legge n.18 del 24 gennaio 1979 - 2. Le proposte di legge presentate in Parlamento - 3. La legge n. 10 del 20 febbraio 2009.*

Premessa

Con la legge n. 10 del 20 febbraio 2009¹ il Parlamento italiano ha approvato le modifiche alla legge n. 18 del 24 gennaio 1979 relativa alla elezione dei rappresentanti dell'Italia al Parlamento europeo. Tale provvedimento legislativo, in realtà, include modifiche assai meno rilevanti rispetto sia all'iniziale proposta di legge presentata il 29 aprile 2008 alla Camera dei Deputati, sia alle ulteriori proposte di legge presentate all'inizio della XVI legislatura.

Inizialmente, infatti, l'intenzione del Governo italiano, nonché della maggioranza parlamentare che lo sosteneva, era di dar luogo a una modifica della normativa di settore concernente non solo l'introduzione della c.d. soglia di sbarramento e il meccanismo di riparto dei seggi tra le liste elettorali così come effettivamente realizzato con la nuova legge in analisi, ma anche quella di realizzare un'innovazione di carattere più ampio. In particolare, essa doveva comprendere anche la modifica delle disposizioni relative: *a.* al numero delle circoscrizioni elettorali; *b.* alla formazione e alla presentazione delle liste dei candidati; *c.* alla soppressione dei voti di preferenza, in analogia con quanto previsto dalla disciplina normativa per elezione dei rappresentanti al Parlamento italiano; *d.* alla promozione delle pari opportunità tra i due generi per quanto riguarda l'accesso alla carica elettiva europea.

Occorre pertanto analizzare in maniera ampia la nuova legge, facendo riferimento non solo alla legge originaria ma anche alle proposte di legge inizialmente presentate e non approvate dal Parlamento italiano nonché a quanto indicato, in via definitiva, nella legge di modifica entrata in vigore, eviden-

¹ La legge citata è pubblicata nella *Gazzetta ufficiale* n. 44 del 23 febbraio 2009.

ziando se essa, soprattutto con riferimento alla c.d. soglia di sbarramento istituita, sia in linea con l'ordinamento comunitario e con le leggi elettorali europee di altri Stati membri.

1. La legge n. 18 del 24 gennaio 1979

Con la legge n. 18 del 24 gennaio 1979² l'Italia ha introdotto nel nostro ordinamento la normativa relativa alla elezione dei rappresentanti dell'Italia al Parlamento europeo. Essa era successiva alla legge n. 150 del 6 aprile 1977 di autorizzazione alla ratifica del c.d. *Atto di Bruxelles* grazie al quale, per la prima volta, il Consiglio europeo aveva sancito l'elezione dei membri del Parlamento europeo con suffragio universale diretto da parte dei cittadini comunitari.

L'*Atto* fissava alcuni principi comuni agli Stati membri tra cui: *a.* la determinazione della durata del mandato, fissata in 5 anni; *b.* la contemporaneità delle operazioni elettorali, con inizio il giovedì mattina e termine la domenica successiva; *c.* la compatibilità della carica di rappresentante al Parlamento europeo con quella di membro del Parlamento di uno Stato membro. A tali principi comuni la legge n. 18 del 1979 faceva, ovviamente, riferimento.

Successivamente la legge n. 18 è stata oggetto di alcune modifiche apportate inizialmente, dal decreto legge n. 408 del 1994, convertito dalla legge n. 483 del 1994³, sulle modalità di esercizio del diritto di voto e sull'eleggibilità dei candidati presenti nelle liste nonché, successivamente, dalle leggi n. 78 del 2004⁴, in tema di incompatibilità tra la carica di membro del Parlamento europeo e del Parlamento nazionale, e n. 90 del 2004⁵, che ha indicato ulteriori profili di incompatibilità tra la carica di parlamentare europeo e alcune cariche elettive territoriali (quali ad esempio la carica di consigliere regionale o sindaco di un comune con una popolazione superiore a 15.000 abitanti).

L'*Atto di Bruxelles* subiva, a sua volta, una importante innovazione nel 2002 ad opera del Consiglio europeo relativamente: *a.* alla modifica del sistema elettorale, di tipo proporzionale, e alle incompatibilità recepite, come già indicato, dall'Italia con le leggi n. 78 e 90 del 2004; *b.* alla vacanza dei seggi; *c.* alla possibilità per gli Stati membri di fissare una soglia minima per l'attribuzione dei seggi alla singola lista non superiore al 5 per cento dei suffragi espressi.

² In *Guri* n. 29 del 30 gennaio 1979.

³ In *Guri* n. 183 del 6 agosto 1994.

⁴ In *Guri* n. 74 del 29 marzo 2004.

⁵ In *Guri* n. 84 del 9 aprile 2004.

2. Le proposte di legge presentate in Parlamento

Il procedimento di modifica previsto dalla legge n. 10 del 2009 ha avuto inizio nell'aprile del 2008 con la proposta di legge n. C.22 a cui, successivamente, si aggiunsero ulteriori proposte parlamentari relative a numerosi aspetti della legge che non hanno trovato accoglimento nel testo definitivamente approvato.

In primo luogo, in relazione al numero delle circoscrizioni elettorali, gli originari progetti di legge ritenevano necessario provvedere alla individuazione di dieci circoscrizioni, rispetto alle precedenti cinque, in modo da poter assicurare l'elezione di un parlamentare europeo anche in quelle regioni in cui non è mai stato eletto alcun rappresentante a causa della rilevante differenza nel numero di abitanti con riferimento alle regioni comprese in una medesima circoscrizione elettorale (ad esempio la circoscrizione insulare composta dalla Regione Siciliana e dalla Regione Sardegna). Per tale motivo, il territorio di una circoscrizione doveva coincidere con quello di una o più regioni limitrofe, accorpate tra loro secondo la popolazione censita e assegnando, a ciascuna circoscrizione, un numero di seggi non inferiore a 2 e comunque determinato proporzionalmente in ragione della popolazione ivi residente.

In secondo luogo, relativamente alle modalità di presentazione e formazione delle candidature, non hanno trovato accoglimento le proposte di legge volte a ridurre, dal limite minimo di 30.000, il numero di sottoscrittori delle liste elettorali. Secondo tali proposte, infatti, era necessario individuare distinti limiti in rapporto al numero della popolazione residente in ciascuna circoscrizione. In particolare era stato previsto il limite di 5.000 sottoscrittori, nelle circoscrizioni fino a 2 milioni di abitanti; di 10.000 sottoscrittori, per le circoscrizioni con un numero di abitanti non superiore a 6 milioni; di 15.000, per le circoscrizioni con un numero di abitanti superiore ai 6 milioni. Veniva, infine, facilitata la facoltà delle liste costituenti espressione di minoranze linguistiche di collegarsi con un'altra lista, esigendo che quest'ultima fosse presente in almeno la metà, e non in tutte come tuttora previsto, delle circoscrizioni elettorali individuate.

Analoga sorte hanno avuto le proposte di modifica riguardanti le modalità di presentazione delle liste che non necessitano di sottoscrittori, con le quali si è cercato di aumentare, rispettivamente, fino a tre, per quanto riguarda il numero dei parlamentari europei in carica, e fino a dieci, relativamente ai parlamentari nazionali eletti in entrambe le Camere, necessari affinché una lista possa partecipare alle elezioni europee senza sottoscrizioni rispetto al numero di un solo rappresentante disposto dall'art. 12 della legge n. 18 del 1979, non modificato dalla nuova legge.

In terzo luogo, per quanto riguarda l'espressione del voto di preferenza, non hanno trovato seguito le intenzioni abrogatrici inserite in alcune proposte

di legge in analogia con quanto previsto dalla normativa sulla elezione dei membri del Parlamento italiano. Permane dunque la facoltà per l'elettore di poter accordare non più di tre preferenze distribuendole tra i candidati inseriti all'interno della medesima lista.

Infine, non ha trovato parimenti accoglimento la proposta di introdurre un obbligo di parità tra i generi con riferimento ai candidati inseriti in una medesima lista. A tale proposito occorre però precisare come l'ordinamento italiano ha previsto obbligatoriamente⁶, per le prime due elezioni europee successive all'entrata in vigore della legge n. 90 del 2004, la presenza nella medesima lista circoscrizionale di entrambi i generi a pena di inammissibilità. Inoltre, sempre la stessa disposizione normativa, dispone che «Nell'insieme delle liste circoscrizionali aventi un medesimo contrassegno (...) nessuno dei due sessi può essere presentato in misura superiore ai due terzi dei candidati» precisando, infine, che qualora le liste non rispettino quest'obbligo «(...) l'importo del rimborso per le spese elettorali di cui alla legge 3 giugno 1999, n. 157, è ridotto, fino ad un massimo della metà, in misura direttamente proporzionale al numero dei candidati in più rispetto a quello massimo consentito».

3. La legge n. 10 del 20 febbraio 2009

L'articolo unico della legge in esame apporta alcune modificazioni all'art. 21 della legge n. 18 del 1979. In esso vengono istituiti: *a.* una soglia di sbarramento, pari al quattro per cento dei voti validamente espressi, affinché ad una lista possano essere attribuiti i seggi disponibili; *b.* un meccanismo di riparto dei seggi sulla base di un collegio unico nazionale a cui partecipano le sole liste «sopra soglia».

Rispetto alla indicata soglia di sbarramento, occorre rilevare come la *ratio* della stessa sia stata individuata nell'esigenza di porre un freno alla eccessiva frammentazione dei partiti politici⁷. A tal fine, nonostante non sussista, in sede europea, alcun problema nel garantire la governabilità e la formazione di una maggioranza parlamentare che sostenga l'esecutivo, è sembrato opportuno evitare facili "spinte" ad una marcata rappresentatività proporzionale privilegiando, al contrario, un sistema politico orientato a criteri sempre più tesi ad assecondare il "processo di bipartitismo" già avviato in Italia con la legge di modifica alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. In tal senso è da evidenziare come tra i progetti di

⁶ Art. 56 del dlgs n. 198 dell'11 aprile 2006 «Codice delle pari opportunità fra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della L. 28 novembre 2005, n. 246».

⁷ Si fa riferimento alla Relazione della I Commissione della Camera dei Deputati disponibile sul sito internet www.parlamento.it

legge presentati in sede parlamentare non sono mancate proposte⁸ volte ad individuare una duplice soglia di sbarramento: in seduta nazionale, pari al quattro per cento; e in sede regionale, pari all'otto per cento. Tale proposta cercava di rispondere a due esigenze presenti nel sistema politico italiano: *a.* l'esigenza di una rappresentanza politica che non alterasse gli equilibri tra i partiti presenti al Parlamento italiano e quelli presenti al Parlamento europeo; *b.* l'esigenza di garantire un'evoluzione federalista della forma di Stato, mediante la fissazione di una soglia dell'otto per cento per i partiti a maggiore rappresentatività regionale o circoscrizionale. Come già indicato, tale proposta non ha avuto seguito e ad essa è stata preferita una sola soglia di sbarramento, a carattere nazionale, analoga a quella prevista per l'elezione alla Camera dei Deputati.

È da sottolineare che la soglia di sbarramento prevista è assolutamente rispettosa della normativa comunitaria. Infatti la decisione del Consiglio n. 772 del 2002 sopra citata, ha previsto, tra i principi comuni a tutti gli Stati membri, l'adozione di sistemi di voto di tipo proporzionale con la possibilità di introdurre una soglia di sbarramento per le liste partecipanti al voto non superiore al cinque per cento dei voti validamente espressi. Gli Stati membri nei quali fino alle ultime elezioni non è stata prevista alcuna soglia di sbarramento per la ripartizione dei seggi tra le liste che abbiano ottenuto voti validi sono: Belgio, Danimarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Slovenia, Spagna. I Paesi, invece, che prevedono soglie minime di sbarramento sono: in Francia, Germania, Lettonia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria (5%); Austria e Svezia (4%); Grecia (3%) e Cipro (1,8%). Esistono, infine, soglie di sbarramento c.d. "implicite" per gli Stati membri con un numero ridotto di parlamentari europei (ad esempio: Malta).

Per quanto riguarda il meccanismo di ripartizione dei seggi previsto dalla legge n. 10 del 2009, qui esaminata, nulla è cambiato rispetto alla precedente normativa, salvo il fatto che a tale riqualificazione partecipano le sole liste che hanno superato la soglia di sbarramento. Pertanto il riparto dei seggi fra le liste è effettuato in ambito nazionale, individuando, secondo quanto previsto dall'art. 1 della legge n. 18 del 1979, un collegio unico nazionale formato dal complesso delle circoscrizioni elettorali, utilizzando il metodo del quoziente naturale e dei maggiori resti per poter provvedere all'attribuzione dei seggi disponibili tra le liste partecipanti che abbiano avuto almeno il quattro per cento del totale dei voti validi.

In particolare, la procedura di riparto si sviluppa in quattro fasi: *a.* si stabilisce in primo luogo la cifra elettorale nazionale di ciascuna lista sommando i voti riportati dalla medesima lista nelle singole circoscrizioni verificando se la so-

⁸ È il caso della proposta C.1692.

glia di sbarramento è raggiunta; *b.* si calcola in seguito il quoziente elettorale nazionale derivante dalla divisione fra il numero totale delle cifre elettorali nazionali delle liste «sopra soglia» e il numero complessivo dei seggi da assegnare; *c.* si computa successivamente il numero dei seggi da attribuire a ciascuna lista dividendo la cifra elettorale nazionale della lista con il quoziente nazionale; *d.* si suddividono infine i seggi rimanenti sulla base dei resti maggiori.

La legge di modifica non affronta invece la questione, ancora aperta, del numero totale dei seggi disponibili per i rappresentanti italiani al Parlamento europeo. Il d.l. n. 408 del 1994 prevedeva che i membri italiani al Parlamento europeo fossero 87, avendo recepito quanto indicato dalla decisione del Consiglio europeo del 1° febbraio 1993⁹ in base alla quale, dopo l'unificazione della Repubblica federale tedesca, il numero dei membri italiani era aumentato da 81 a 87.

In seguito alla ratifica del Trattato di Nizza, l'Unione europea ha avviato un processo di adeguamento per quanto riguarda la composizione delle diverse istituzioni comunitarie, compreso il Parlamento, in vista dell'ampliamento dell'Unione a 27 Stati membri realizzatosi, inizialmente, con l'ingresso di dieci nuovi Stati il 1° gennaio del 2005 e, successivamente, con l'ingresso della Romania e della Bulgaria il 1° gennaio 2007. Di conseguenza il numero complessivo dei membri del Parlamento europeo è stato aumentato da 700 a 732 e, con la modifica della rappresentanza assegnata a ciascuno Stato membro in seno al Parlamento medesimo, il numero dei rappresentanti italiani in sede europea è passato da 87 a 72. Tale previsione non ha però trovato immediata applicazione poiché il Trattato di adesione all'Unione europea e il contemporaneo Atto di adesione dei primi dieci nuovi Stati membri, firmato ad Atene il 16 aprile 2003, tenendo conto della posticipata ammissione della Romania e della Bulgaria, hanno determinato una disciplina provvisoria in virtù della quale il numero dei membri italiani al Parlamento europeo, per la legislatura attualmente in corso 2004-09, rimaneva fissato in 78 seggi, rinviando così alla successiva, e oramai imminente, legislatura la riduzione dei seggi "italiani" a 72.

A tale materia è peraltro applicabile il recente Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 e ancora in corso di ratifica da parte degli Stati membri dell'Unione europea. In esso è disposto, tra l'altro, che il numero totale dei rappresentanti del Parlamento europeo è pari a 750 membri uniti più il Presidente e che la rappresentanza dei cittadini europei è garantita applicandosi, a ciascun Stato membro, una soglia minima pari a 6 seggi, ed una massima, pari a 96 seggi, la cui effettiva determinazione è riservata ad una decisione unanime del Consiglio europeo adottata su iniziativa e con l'approvazione dello stesso Parlamento europeo. Con la proposta dell'11 ottobre 2007 il Parlamento europeo,

⁹ Decisione del Consiglio n.81/1993 Cee, Ceca, Euratom, in *Guce* L 33 del 9 febbraio 1993.

non tenendo conto della necessità di rispettare lo storico principio della storica parità di rappresentanza fra Italia, Francia e Regno Unito, proponeva al Consiglio europeo che fossero attribuiti 72 seggi all'Italia, 73 al Regno Unito e 74 alla Francia. Rispetto a tale proposta il Consiglio europeo di Lisbona del 18-19 ottobre 2007 ha rivisto la composizione del Parlamento europeo decidendo di aumentare il numero dei membri a 751, compreso il Presidente del Parlamento e di destinare, mediante un'apposita dichiarazione allegata all'Atto finale del Consiglio, il seggio supplementare all'Italia.

In conclusione, sono possibili due soluzioni. Nel caso in cui, prima dell'inizio delle operazioni elettorali fissate all'inizio del mese di giugno del corrente anno, il Trattato di Lisbona venga ratificato in modo che esso entri in vigore, la rappresentanza italiana al Parlamento europeo potrà disporre di 73 seggi. In caso contrario, l'Italia disporrà dei 72 rappresentanti previsti dal Trattato di adesione di Atene del 2003. Su quest'ultimo aspetto va comunque considerato il fatto che il recente Consiglio europeo, tenutosi a Bruxelles l'11 e 12 dicembre 2008, ha reso una dichiarazione sulla possibilità per l'Italia di integrare il numero dei seggi con un seggio ulteriore, il settantatreesimo, precisando: «qualora il Trattato di Lisbona entrasse in vigore dopo l'elezione del Parlamento europeo del giugno 2009, saranno adottate al più presto misure transitorie, secondo le necessarie procedure giuridiche, per aumentare, fino al termine della legislatura 2009-14, conformemente alle cifre previste nel quadro della conferenza intergovernativa che ha approvato il Trattato di Lisbona, il numero dei membri del Parlamento europeo dei dodici Stati membri per i quali è previsto un aumento di tale numero».

Occorrerà dunque attendere quali misure transitorie verranno adottate, per conoscere quale sarà la composizione definitiva del Parlamento europeo.

Vincenzo Tinto*

* Dottore in Giurisprudenza / Università degli Studi di Catania.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 11-12 dicembre 2008*

Il Consiglio europeo si è riunito l'11 e 12 dicembre 2008 e ha approvato un piano di ripresa dell'economia europea pari a circa l'1,5% del PIL dell'Unione europea (che, in cifre, equivale a circa 200 miliardi di euro). Questo piano costituisce il quadro comune delle iniziative prese dagli Stati membri e dall'Unione europea per assicurarne la coerenza e ottimizzarne in tal modo gli effetti. Il Consiglio europeo è giunto altresì ad un accordo sul pacchetto energia-cambiamenti climatici, che deve consentire di mettere a punto tale pacchetto con il Parlamento europeo entro la fine dell'anno. Questo progresso fondamentale permetterà all'Unione europea di rispettare gli impegni ambiziosi sottoscritti in materia nel 2007 e di conservare il suo ruolo guida nella ricerca di un accordo mondiale ambizioso e globale a Copenaghen l'anno prossimo. Il Consiglio europeo, con decisioni concrete, ha espresso la volontà di imprimere un nuovo impulso alla politica europea di sicurezza e di difesa per rispondere alle nuove sfide riguardanti la sua sicurezza. Infine il Consiglio europeo ha discusso gli elementi destinati a rispondere alle preoccupazioni espresse in occasione del referendum irlandese e ha definito una via per permettere l'entrata in vigore del trattato di Lisbona entro la fine del 2009.

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.

I. Trattato di Lisbona

1. Il Consiglio europeo riafferma che il trattato di Lisbona è ritenuto necessario per contribuire a un funzionamento più efficace, più democratico e più efficiente dell'Unione allargata, anche nelle questioni internazionali. Per consentire l'entrata in vigore del trattato entro la fine del 2009, il Consiglio europeo ha definito la seguente

* 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.).

via nel rispetto delle finalità e degli obiettivi dei trattati.

2. Riguardo alla composizione della Commissione, il Consiglio europeo ricorda che i trattati in vigore esigono la riduzione del numero dei membri della Commissione nel 2009. Il Consiglio europeo conviene che, purché il trattato di Lisbona entri in vigore, sarà adottata una decisione secondo le necessarie procedure giuridiche, affinché la Commissione continui a comprendere un cittadino di ciascuno Stato membro.

3. Il Consiglio europeo ha preso debito atto delle altre preoccupazioni del popolo irlandese presentate dal Primo Ministro (Taoiseach), figuranti nell'allegato 1, in tema di politica fiscale, famiglia, questioni sociali ed etiche e politica europea di sicurezza e di difesa (PESD) con riguardo alla politica tradizionale di neutralità dell'Irlanda. Il Consiglio europeo conviene che, a condizione che l'Irlanda assuma l'impegno di cui al punto 4, tutte le preoccupazioni espresse nella dichiarazione summenzionata saranno affrontate con reciproca soddisfazione dell'Irlanda e degli altri Stati membri.

Le necessarie garanzie giuridiche sono espresse nei tre punti seguenti:

- nulla nel trattato di Lisbona modifica in alcun modo, per alcuno Stato membro, la portata o l'esercizio delle competenze dell'Unione in materia di fiscalità;
- il trattato di Lisbona non pregiudica la politica di sicurezza e di difesa degli Stati membri, ivi compresa la politica tradizionale di neutralità dell'Irlanda, né gli obblighi della maggioranza degli altri Stati membri;
- la garanzia che le disposizioni della Costituzione irlandese relative al diritto alla vita, all'istruzione e alla famiglia non siano affatto pregiudicate dal conferimento di uno status giuridico alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE da parte del trattato di Lisbona né dalle disposizioni di detto trattato in materia di giustizia e affari interni.

Inoltre sarà ribadita la grande importanza attribuita alle questioni di cui alla lettera d) dell'allegato I, diritti dei lavoratori compresi.

4. Alla luce dei succitati impegni assunti dal Consiglio europeo e con riserva della conclusione soddisfacente dei lavori approfonditi di *follow-up* entro la metà del 2009 e presumendo la positiva attuazione degli stessi, il Governo irlandese si impegna a perseguire la ratifica del trattato di Lisbona entro la scadenza del mandato dell'attuale Commissione.

II. Affari economici e finanziari

5. La crisi economica e finanziaria è una crisi mondiale: questo è il motivo per cui l'Unione europea lavora di concerto con i partner internazionali. Il vertice di Washington, svoltosi su iniziativa dell'Unione il 15 novembre 2008, ha definito un programma di lavoro ambizioso in vista di un rilancio concertato dell'economia mondiale, di una più efficace regolamentazione dei mercati finanziari, di una migliore governance mondiale e del rifiuto del protezionismo.

Tale programma deve essere attuato secondo il calendario stabilito. Si invita il Consiglio a organizzare la preparazione di questi lavori con la Commissione e a riferire sui progressi al Consiglio europeo della primavera 2009, nella prospettiva del prossimo vertice che si terrà a Londra il 2 aprile prossimo.

(Omissis)

III. Energia e cambiamenti climatici

19. Il Consiglio europeo accoglie con favore il risultato dei lavori svolti con il Parlamento europeo, nell'ambito della codecisione, che hanno permesso di delineare un ampio accordo di principio sulla maggior parte delle quattro proposte del pacchetto legislativo energia/clima.

Plaude altresì all'accordo completo sulle proposte legislative "CO₂ dei veicoli leggeri", "Qualità dei carburanti" e sulla direttiva "Fonti di energia rinnovabili".

(Omissis)

IV. Politica agricola comune *(Omissis)*

V. Relazioni esterne e politica europea di sicurezza e di difesa

Politica europea di vicinato (Omissis)

Politica europea di sicurezza e di difesa (Omissis)

ALLEGATO 1

Dichiarazione concernente le preoccupazioni del popolo irlandese sul Trattato di Lisbona presentate dal Primo Ministro (Taoiseach)

(Omissis)

Dichiarazione del Consiglio europeo

Trattato di Lisbona - Misure transitorie riguardanti la presidenza del Consiglio europeo e la presidenza del Consiglio "Affari esteri"

(Omissis)

Dichiarazione del Consiglio europeo

Trattato di Lisbona - Misure transitorie riguardanti la composizione del Parlamento europeo

(Omissis)

Dichiarazione del Consiglio europeo Trattato di Lisbona - Nomina della futura Commissione

(Omissis)

ALLEGATO 2

Dichiarazione del Consiglio europeo sul rafforzamento della politica europea di sicurezza e di difesa (PESD)

(Omissis)

ALLEGATO 3

Dichiarazione del Consiglio europeo sul Medio Oriente*(Omissis)*

ALLEGATO 4

Dichiarazione del Consiglio europeo sullo Zimbabwe*(Omissis)*

ALLEGATO 5

Dichiarazione del Consiglio europeo sullo sport*(Omissis)*

ALLEGATO 6

Elenco dei documenti di riferimento presentati al Consiglio europeo*(Omissis)*

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

QUINDICI ANNI INSIEME AD ALBERTO TRABUCCHI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE*

1. Quei quindici anni, dall'inizio del 1962 alla fine del 1976, durante i quali Alberto Trabucchi fu membro della Corte di giustizia europea, rappresentano il periodo più fecondo della giurisprudenza comunitaria, la sua fase giovanile di «Sturm und Drang» in cui la fede nel futuro, l'entusiasmo per la realizzazione di una nuova grande opera, l'immaginazione creativa e la sapienza giuridica concorsero a delineare i fondamenti del sistema comunitario. Fu infatti in questo quindicennio che vennero adottate decisioni che servirono a configurare la natura del sistema comunitario, a definire i rapporti fra ordinamento comunitario e Stati membri, a rafforzare ed a rendere effettive le possibilità di tutela giurisdizionale dei privati di fronte sia alle autorità europee che a quelle degli Stati, a gettare le basi per l'affermazione progressiva della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario anche di fronte ai comportamenti degli stessi Stati, a tracciare i limiti all'uso abusivo dei diritti individuali che facessero ostacolo al pieno funzionamento del mercato comune, segnatamente in relazione al principio della libera circolazione delle merci e delle persone ed ai comportamenti delle imprese che avessero per oggetto o per effetto di falsare il gioco di una sana e leale concorrenza, a precisare la portata della normativa sociale comunitaria. In questo periodo formativo della giurisprudenza relativa al Trattato della Comunità economica europea, Alberto Trabucchi svolse un ruolo di primissimo piano.

* Relazione presentata nel corso della Giornata di studio sulla formazione del Diritto Europeo dedicata ad «Alberto Trabucchi nel centenario della nascita» svoltasi a Illasi il 29 settembre 2007, organizzata dall'Istituto Giuridico Italiano con la collaborazione della *Rivista di Diritto Civile* e del Comune di Illasi. Il presente contributo è già stato pubblicato in *Contratto e impresa/Europa*, fasc. n. 1/2008, p. 23 ss.

2. Il professor Alberto Trabucchi era entrato in funzione come giudice della Corte di giustizia delle Comunità europee nel marzo 1962. Io avevo assistito il giudice italiano suo predecessore fin dal 1958. Come ogni nuovo giudice, il professor Trabucchi aveva il diritto di scegliersi il suo collaboratore personale; e non gli mancavano certamente i candidati. Con il giudice a cui era succeduto, egli si trovava – se mi si permette l'ossimoro – in un rapporto di totale estraneità, e si potrebbe anche dire di non simpatia. Tuttavia egli non ebbe alcuna difficoltà a tenermi presso di sé per un periodo di prova durato fino alla fine di quell'anno; dopodiché egli decise di confermarmi nelle mie funzioni. Ho riferito questo fatto perché mi pare assai indicativo della personalità di Alberto Trabucchi, della sua apertura mentale e umana. Sono rimasto costantemente al suo fianco fino a quando egli lasciò la Corte, dopo avervi esercitato tre mandati, due come giudice ed uno, più breve, come Avvocato Generale. Diverse centinaia di sentenze della Corte comunitaria portano la sua firma, sia come giudice relatore sia come attivo membro del collegio giudicante; in 75 cause egli agì come Avvocato Generale.

Il 1962 fu l'anno in cui, dopo quasi un decennio di giurisprudenza sul Trattato istitutivo della Comunità del Carbone e dell'Acciaio, la cui portata sul piano costituzionale era rimasta inevitabilmente molto limitata in ragione del carattere strettamente settoriale di quel Trattato, la Corte cominciava a ricevere le prime cause relative al Trattato della Comunità economica europea. Gli Stati membri erano ancora i soli sei Stati fondatori della CECA, ed il numero dei giudici della Corte era di sette, uno in più al fine di evitare situazioni di stallo nel processo decisionale. Nonostante la distanza, sia di rango che di età, che esisteva fra ciascun giudice ed il proprio collaboratore personale (all'epoca questo si chiamava ancora, con la terminologia diplomatica della fase iniziale, «Attaché», poi cambiato in «Referendario», terminologia mutuata dal Conseil d'Etat francese sul cui modello era stato concepito il sistema del contenzioso comunitario), in questo periodo iniziale si respirava alla Corte europea un'aria di famiglia. Il ristretto numero dei giudici e dei loro collaboratori, le molteplici occasioni di lavoro in comune, la giovinezza dell'istituzione, la coscienza di lavorare per una grande impresa a cui si collegavano le speranze di molti per il miglioramento delle sorti del nostro continente, l'entusiasmo che ci animava per l'idea della costruzione europea, e poi il fatto che noi tutti eravamo passati attraverso gli orrori della seconda guerra mondiale che aveva straziato l'Europa: tutto questo aveva contribuito a creare, nella Corte di quell'epoca, un clima di fattiva collaborazione fra tutte le nazionalità. I rapporti diretti fra i diversi Gabinetti erano quotidiani, e si svolgevano del tutto informalmente: prima della riunione in cui il consesso dei sette giudici avrebbe adottato la propria decisione sulla causa, le discussioni sui punti di diritto all'esame della Corte erano franche e vivaci e contribuivano alla formazione di giudizi ben riflettuti. Fu una fortuna per la formazione del sistema comuni-

tario che la prima giurisprudenza, che tanto ha contribuito alla definizione dei principi costituzionali basilari del sistema, si sia potuta formare in un tal clima di amicizia e grazie ad un vero spirito costruttivo di collaborazione che mirava ad una superiore finalità comune, senza essere condizionata da interessi particolaristici.

La prima Corte comunitaria aveva un'alta percentuale di personalità di spicco, dotate di grande esperienza professionale, di vasta dottrina e di reale autonomia e indipendenza di giudizio. Ricordo, per la sua dottrina, oltre che per la sua «*gravitas*» unita a grande affabilità, il professor Otto Riese, studioso di diritto privato comparato che aveva insegnato all'Università di Losanna, e che dopo la fine della guerra era stato nominato giudice alla Corte di cassazione germanica; il professor Jacques Rueff, reputato economista e ingegno sottilissimo anche nel giure, che aveva occupato uno dei più alti posti nell'amministrazione statale francese e che fu l'autore della riforma monetaria attuata in Francia sotto il secondo governo De Gaulle: come il professor Riese, anch'egli aveva combattuto a Verdun durante la prima guerra mondiale, e quest'antica contrapposta militanza in una lunga e sanguinosissima guerra aveva contribuito a convincerli della necessità del superamento dei contrapposti nazionalismi entro un'Unione forte e stabile degli Stati dell'Europa occidentale. Vi era poi il professor Mathias Donner, docente di diritto amministrativo in una università dei Paesi Bassi, che, grazie alla sua forte personalità, resse con mano ferma e con grande autorità la Corte come Presidente dal 1958 al 1964; e poi, entrato in funzione, pochi mesi dopo la venuta del professor Trabucchi, il giudice Robert Lecourt che apportava alla Corte, oltre alla sua profonda fede europeista, la sua esperienza di governo come ministro della Giustizia della Repubblica francese, e soprattutto il suo finissimo senso politico, che si dimostrò tutt'altro che fuori posto nel quadro di una giurisdizione nuova, titolare di delicate funzioni e di alte responsabilità, l'esercizio delle quali aveva spesso una rilevante portata politica. Quasi come contrappeso, l'Avvocato Generale Maurice Lagrange, anch'egli francese, proveniente dal Conseil d'Etat, era un giurista puro, un sacerdote del diritto, ieratico nell'aspetto, limpido nella formulazione dell'argomentazione, che egli svolgeva con logica impeccabile: ascoltare le sue conclusioni orali era sempre un piacere anche dal punto di vista estetico.

Queste erano le persone più marcati della Corte comunitaria, quelle che all'epoca ne determinavano la giurisprudenza, in mezzo alle quali venne a trovarsi il professor Trabucchi nei primi anni della sua attività di giudice comunitario. Il suo arrivo in tale contesto costituì pur esso un evento fortunato, poiché era allora il tempo in cui, oltre alla conoscenza dei principi del diritto, occorrevo qualità quali immaginazione, fede nel futuro dell'Europa e spirito creativo, qualità che il nuovo giudice dimostrò presto di possedere in ampia misura.

3. Il mio più antico ricordo in relazione alla venuta alla Corte del professor

Trabucchi come giudice risale a fine estate del 1961, allorché a Lussemburgo si apprese la notizia della sua proposta nomina. Alcuni giudici della Corte espressero allora in privato il timore che il loro nuovo collega, per la sua formazione di civilista e la sua estrazione ed esperienza professionale essenzialmente accademica (anche se era già apparso davanti alla Corte in alcune cause come avvocato dell'Alta Autorità della CECA), avrebbe potuto rappresentare un elemento di ostacolo all'efficace funzionamento di una giustizia europea che richiedeva una visione nuova, non basata su schemi e dogmi ottocenteschi del diritto, soprattutto del diritto pubblico internazionale. Tale preoccupazione era tanto più forte in quanto l'ordinamento giuridico comunitario non aveva ancora trovato nella più autorevole dottrina giuridica italiana alcun riscontro consona alla novità del fenomeno, e anzi, quei pochi giuristi che vi avevano dedicato un minimo d'attenzione tendevano generalmente a sottovalutarne gli aspetti nuovi ed originali, nel tentativo di ricondurre il diritto comunitario in schemi giuridici tradizionali.

L'allora presidente della Corte, il professor Donner, con ruvida franchezza olandese, non si peritò di esprimere tale timore nell'allocuzione con cui, nell'udienza solenne della Corte di giustizia dell'8 marzo 1962, salutò l'entrata in funzione del giudice Trabucchi. Rivolto al nuovo venuto, egli affermò che «tutti i Suoi colleghi hanno sperimentato che il lavoro imposto dalla nostra funzione non è quello che ci aspettavamo, e che esso esige un profondo adattamento ed una revisione delle idee e delle nozioni tradizionali». Era solo l'inizio di una vera e propria messa in guardia del nuovo giudice. Il presidente Donner rilevava poi che il diritto civile costituisce un ramo del giure assai meno orientato nel senso di tale evoluzione rispetto ad altre discipline, ciò che peraltro – ed era forse un modo per ammorbidire la durezza della lezione – avrebbe anche potuto tradursi in un vantaggio per un giurista di razza che fosse capace di guardare la realtà in una prospettiva ampia e lungimirante. Era ciò che il presidente Donner si augurava quanto all'atteggiamento del nuovo collega, ma egli non era ben sicuro che ciò sarebbe effettivamente avvenuto, come lo si può arguire dall'altra sua affermazione che riporto testualmente: «Il maggior rischio d'errore risulterebbe dal cercare di ricondurre i problemi d'interpretazione del diritto comunitario sotto schemi e problemi già noti in altri sistemi giuridici e di tentare di risolverli in base a regole e criteri definiti e sviluppati in altri settori o sotto altri climi». Fu dunque con queste riserve che il nuovo giudice italiano venne accolto nella Corte europea.

4. I fatti dimostrarono ben presto che il neofita era perfettamente in grado di esercitare efficacemente e più che onorevolmente la sua funzione alla Corte, e che anzi in breve tempo seppe acquistarsi rispetto e autorevolezza fra i suoi colleghi più anziani. Lasciamo dunque parlare i fatti. Fra le molte centinaia di procedimenti in cui egli ebbe una significativa influenza, ne potrò citare solo

alcuni a titolo esemplificativo, scelti fra quelli che mi sembrano particolarmente indicativi della sua visione del sistema comunitario.

Pochi mesi dopo la sua entrata in funzione a Lussemburgo, Alberto Trabucchi si trovò a partecipare ad una decisione d'importanza capitale, forse la più importante nella storia della giurisprudenza comunitaria per il ruolo che essa ha avuto nell'evoluzione delle concezioni giuridiche e nello sviluppo del processo d'integrazione europea. Mi riferisco al celebre caso n. 26/62 (*Van Gend en Loos*), in cui un giudice olandese aveva posto alla Corte comunitaria la questione dell'applicabilità diretta delle norme del Trattato CEE che, senza menzionare i privati, si limitano a porre obblighi a carico degli Stati. Si chiedeva cioè se i singoli cittadini potessero trarre da tali norme dei diritti soggettivi (nozione che va intesa in senso ampio, come riferentesi a qualsiasi posizione individuale giuridicamente protetta) idonei ad essere fatti valere davanti ai giudici nazionali contro leggi dello Stato. Nella specie, si trattava di una legge olandese adottata posteriormente all'entrata in vigore del Trattato CEE e che si reputava essere con questo incompatibile. La risposta affermativa a tale domanda avrebbe comportato, in un sistema statale quale il nostro basato sulla concezione dualista dei rapporti fra l'ordinamento dello Stato e il diritto promanante da fonti ad esso esterne (ma lo stesso valeva, *mutatis mutandis*, anche per gli Stati ispirati ad una concezione monista come la Francia), una vera e propria rivoluzione di idee, oltre che rilevanti conseguenze pratiche, giacché avrebbe aperto la via ai privati cittadini per far bloccare l'applicazione di leggi in vigore ad opera dei giudici nazionali, anche ove si trattasse di leggi posteriori al Trattato, come ebbe poi a precisare la Corte nella successiva causa *Costa c. Enel*.

Nella detta causa *Van Gend*, l'Avvocato Generale della Corte aveva proposto una soluzione basata rigorosamente sui principi tradizionali che avevano fino allora retto i rapporti fra ordinamenti statuali e diritto internazionale. Nel suo progetto di decisione, il giudice relatore, lussemburghese, aveva seguito tale impostazione, che era apparsa riscuotere il consenso della maggioranza dei giudici nella prima riunione in cui la Corte aveva discusso preliminarmente il caso. Fu la controproposta presentata dal giudice Trabucchi con argomentazioni le quali si ritroveranno poi recepite nella sentenza, che fece cambiare l'orientamento della Corte. Tenuto conto di come si svolsero le discussioni in seno alla Corte e del risultato della votazione finale, si può affermare con certezza che senza l'apporto del giudice Trabucchi, quella sentenza, la quale andava contro la posizione difesa da tutti gli Stati intervenuti nel procedimento, che suscitò all'epoca tanto scandalo fra i nostri professori di diritto internazionale, e che più di ogni altra ha contribuito a delineare la natura originale e le potenzialità espansive del sistema comunitario, non sarebbe stata adottata; con la conseguenza che i cittadini e i giudici nazionali non avrebbero potuto partecipare fattivamente, come invece è poi successo,

allo sviluppo del diritto comunitario. In tal caso, la Comunità avrebbe rischiato di essere un'organizzazione internazionale come tante, interamente in mano ai suoi Stati membri, senza possibilità di un efficace controllo giurisdizionale sul rispetto dei loro obblighi. In altri termini, il processo dell'integrazione europea, se di integrazione si fosse ancora potuto parlare, sarebbe stato qualitativamente diverso, e in ogni caso molto più lento, faticoso e incerto di quanto non sia avvenuto. L'apporto fattivo e decisivo del giudice Trabucchi a questa fondamentale affermazione giurisprudenziale, mediante quella sua controproposta di cui io ho recentemente consegnato all'Archivio storico della Corte l'originale della prima bozza, con correzioni e chiose autografe del giudice stesso, è chiara testimonianza della sua lungimirante visione del sistema comunitario e della sua capacità di affrontare, con spirito creativo, quella nuova realtà a cui si era riferito il presidente Donner nel suo discorso di benvenuto.

5. Ma come poté in pratica un giudice in funzione da pochi mesi riuscire a determinare un risultato del genere? Occorre onestamente riconoscere che la tesi opposta, sostenuta oltre che dagli Stati anche dall'Avvocato Generale tedesco della Corte, non aveva niente di scandaloso, ma che anzi essa aveva dalla sua parte la forza di una dottrina ben consolidata, oltre che la pratica fino allora seguita dagli Stati in merito alla posizione delle organizzazioni internazionali, categoria a cui era ascritta la Comunità europea; tant'è vero che ad essa si attenero fermamente alcuni dei giudici più anziani e autorevoli. Scandalosa pareva piuttosto la tesi opposta, quella che tendeva appunto a superare gli schemi e le concezioni tradizionali. Fu soprattutto grazie al sostegno ricevuto dal collega Robert Lecourt, il meno dottrinario fra tutti i giudici e il più dotato di senso politico, nel significato più nobile del termine (alcuni anni dopo egli sarebbe diventato presidente della Corte), che la proposta Trabucchi poté raccogliere una maggioranza, seppure risicata (quattro voti su sette). Furono essi, gli ultimi due arrivati, che riuscirono a trascinare due colleghi incerti ed a far così trionfare la soluzione che essi avevano sostenuto con fervore. Come ebbe a dire una volta il professor Trabucchi, il suo voto contava per due, e non era una semplice battuta. All'epoca vi era nella composizione della Corte un secondo giudice italiano, proveniente dalla nostra Cassazione, e di cui il presidente Donner ebbe a scrivere, molti anni dopo (cito letteralmente e lascio al suo autore l'intera responsabilità di quest'affermazione), che egli «was an honest and independent Piedmontese, but representative of most of our judicial profession in not being a legal eagle» (Letter from a former president to the present one, in *XXXV ANNI - 1952-1987*, a cura della Corte di giustizia delle Comunità europee, Lussemburgo, 1987, p. 20). Questo magistrato, per incompatibilità caratteriale, aveva fatto permanentemente il bastian contrario con il giudice Nicola Catalano, predecessore del giudice Trabucchi, con la

conseguenza che il peso dell'Italia nelle decisioni della Corte, con due giudici italiani sui sette che allora la componevano, era ridotto a zero dal momento che i due voti italiani si elidevano quasi costantemente l'un l'altro. Invece, con il nuovo collega, l'atteggiamento del più anziano giudice italiano fu esattamente il contrario, cosicché si poteva dire a ragione che il voto del giudice Trabucchi valeva per due. Avendo conosciuto il magistrato in questione ed il suo scontroso carattere montanaro, ritengo che questo risultato non fosse stato casuale, ma che esso fosse determinato dalla comprensione che il professor Trabucchi aveva dell'animo umano e dalle sue doti diplomatiche, di cui invece il suo predecessore, europeista convinto e carattere battagliero, era stato purtroppo poco provvisto. Qualcosa del genere accadde anche per quanto riguarda l'influenza personale che ebbe il giudice Lecourt su un altro collega, che qui non occorre nominare.

In questo filone giurisprudenziale si pone anche la sentenza nelle cause n. 28-30/62, in cui il giudice Trabucchi, questa volta come relatore, fece affermare dalla Corte il principio dell'efficacia *ultra partes* delle sentenze pregiudiziali; principio di non trascurabile importanza, se si tiene conto del ruolo svolto dalle risposte date negli anni dalla Corte comunitaria alle domande interpretative dei giudici degli Stati. Un passo ulteriore nel rafforzare l'efficacia e l'operatività del diritto comunitario fu costituito dalla sentenza n. 33/70 (*SACE c. Repubblica italiana*) che riconobbe l'attitudine delle stesse direttive a produrre, in certe condizioni, diritti individuali anche nei rapporti fra i singoli e gli Stati.

6. Sappiamo che il giudice relatore può avere un ruolo determinante nella costruzione della sentenza. Spettava al presidente designarlo per ogni singola causa, e in questa scelta egli poteva tener conto dell'esperienza e delle attitudini di ciascun giudice in relazione al particolare tipo di controversia e alla complessità delle questioni giuridiche da essa sollevate. È di per sé significativo che il giudice Trabucchi fosse stato nominato relatore nelle prime più importanti cause che la Corte si è trovata a trattare in merito all'applicazione delle regole di concorrenza nell'ambito del Tratto CEE e in buona parte delle successive. Mi riferisco in primo luogo alla nota causa *Grundig - Consten* concernente i contratti di concessione esclusiva, con cui la Corte ha introdotto la nozione di «uso abusivo» del marchio, ponendo limitazioni alla sfera d'applicazione di tale istituto giuridico, poi estese sostanzialmente a tutto il campo della proprietà intellettuale, al fine di tutelare la concorrenza fra le imprese e la libera circolazione delle merci nel mercato comune; ed inoltre alle numerose cause relative all'intesa internazionale sui prezzi delle materie coloranti, in cui la Corte ha affrontato per la prima volta la definizione delle nozioni di «pratica concordata», importante per superare le difficoltà di prova documentale degli accordi restrittivi, e di «gruppo d'impresa», che consente di ricolle-

gare, sul piano del diritto della concorrenza, il comportamento di imprese giuridicamente distinte alla società capogruppo, che in linea di fatto ne determina il comportamento sul mercato, e che quindi ne dovrà rispondere. In questi casi le decisioni adottate dalla Corte su proposta del giudice relatore, superando sia una concezione rigida del diritto di proprietà, sia il dato formale della personalità giuridica distinta delle imprese, hanno tenuto conto della realtà economica e delle particolari esigenze funzionali di un sistema di diritto pubblico dell'economia. Queste sentenze, nella cui concezione e formulazione il giudice Trabucchi ha svolto un ruolo capitale, hanno costituito il fondamento della giurisprudenza comunitaria in tema di divieto delle intese restrittive e di limitazioni poste all'uso improprio della proprietà industriale e commerciale tendente a mantenere o realizzare la chiusura dei mercati nazionali e ad ostacolare il libero gioco della concorrenza nel mercato comune. Questa giurisprudenza ha trovato numerose importanti applicazioni e sviluppi in tema d'importazioni parallele di prodotti di marca, importazioni avvenute cioè al di fuori dei canali ufficiali autorizzati dal titolare dell'esclusiva o del marchio (vedi ad esempio le conclusioni dell'Avvocato Generale Trabucchi nelle cause n. 15 e n. 16/74, *Centrafarm*).

In qualità di relatore, il giudice Trabucchi ha dato la sua forte impronta anche alla definizione dei rapporti fra il diritto comunitario della concorrenza e le normative *antitrust* dei singoli Stati (sentenza del 13 febbraio 1969 nella causa n. 14/68, *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt*). Il principio già affermato della preminenza del diritto comunitario su quello statale non era infatti di per sé sufficiente a dirimere i conflitti che potevano sorgere in linea di fatto in occasione dell'applicazione contemporanea per uno stesso fatto comune a più imprese di due sistemi autonomi, aventi ciascuno un ambito d'azione teoricamente distinto (l'uno in relazione a fatti concernenti il mercato comune, e l'altro invece in relazione agli effetti interni degli stessi comportamenti). La soluzione ha richiesto un'estensione innovativa del principio della supremazia comunitaria dal piano strettamente normativo a quello della fattuale operatività di meccanismi statali rientranti nella competenza statale esclusiva e di per sé perfettamente legittimi.

Un altro settore in cui il professor Trabucchi, stavolta come Avvocato Generale, ha lasciato il segno riguarda la definizione della nozione di «misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative», vietate dal Trattato negli scambi fra gli Stati membri. La definizione di questa nozione proposta dall'Avvocato Generale e accettata dalla Corte si è rivelata di un'importanza capitale nel funzionamento del mercato comune (causa n. 8/74, *Dassonville*). Grazie anche all'iniziativa dei privati interessati a contestare in giudizio la violazione di questo divieto alle autorità doganali nazionali (e ciò era stato reso possibile dalla sentenza *Van Gend*), l'ampia accezione di detta nozione risultante dalla sentenza *Dassonville* ha costituito l'arma di gran lunga più impor-

tante per realizzare la più compiuta libertà di circolazione delle merci, consentendo di smantellare progressivamente la miriade di provvedimenti e pratiche nazionali, spesso tutt'altro che trasparenti, che vi facevano ostacolo. La giurisprudenza ispirata alle dette conclusioni dell'Avvocato Generale ha costituito la base di una vasta elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che, pur con tutte le innumerevoli varietà del fenomeno, non si è mai distaccata sostanzialmente da quella prima definizione concettuale.

In tema di tutela dei diritti individuali, il giudice Trabucchi ha svolto un ruolo importante nell'affermazione giurisprudenziale del principio secondo cui, pur in assenza di qualsiasi riferimento scritto nei Trattati comunitari, «i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza». La portata di questo principio, affermato dalla Corte nella causa n. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), venne precisata nella sentenza n. 4/73 (*Nold*), in cui la Corte, seguendo la proposta del giudice relatore Trabucchi, sottolineò che diritti fondamentali quali quello di proprietà e di libero esercizio di attività economiche, «lungi da costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela»; per cui «nell'ordinamento giuridico comunitario appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi». Una prima applicazione favorevole al titolare di un diritto fondamentale di fronte ad una normativa statale limitativa è costituita dalla sentenza della Corte nella causa n. 118/75, (*Watson e Belman*). La Corte ha seguito le conclusioni dell'Avvocato Generale Trabucchi che, in riferimento a misure di polizia particolarmente severe e, come tali, aventi effetti restrittivi della libertà di circolazione e di soggiorno applicate dall'Italia ad un cittadino di altro Stato membro, aveva affermato che «la protezione dei diritti dell'uomo interviene nel sistema comunitario anche riguardo agli Stati, nella misura in cui il diritto fondamentale invocato sia collegato a un rapporto o ad una situazione giuridica la cui disciplina sia oggetto specifico del Trattato»; e, per stabilire in concreto se il provvedimento limitativo di un tal diritto potesse giustificarsi in ragione della tutela di un preminente interesse pubblico, egli si era riferito al criterio di proporzionalità, di cui aveva già fatto uso la giurisprudenza della Corte costituzionale germanica, criterio che era destinato a ricevere ampia applicazione nel sistema comunitario per la valutazione dell'adequatezza delle restrizioni.

7. In un sistema di diritto dell'economia, il giudice deve naturalmente essere sensibile alle esigenze pratiche relative al funzionamento del mercato. Ne può derivare il pericolo che tale giudice, soprattutto se di ultima istanza, sviluppi una tendenza a sottovalutare gli aspetti logico-formali dell'interpretazione giuridica e a giudicare piuttosto mediante affermazioni di volontà, sia pure di

buona volontà, che sulla base di una dimostrazione rigorosamente articolata del significato e della portata delle norme che entrano in rilievo. La presenza in seno alla Corte comunitaria, composta prevalentemente da giuspubblicisti, di un giurista con una solida formazione civilistica, come il professor Trabucchi, ha contribuito grandemente a mantenere un equilibrio fra le esigenze di giustizia sostanziale ed il rigore del ragionamento giuridico dimostrativo che, anche quando esso fosse un *a posteriori* rispetto al senso della decisione adottata, resterebbe comunque necessario per la coerenza del sistema, per la trasparenza delle decisioni, per lo sviluppo armonioso della giurisprudenza e, quindi, per la sua accettazione da parte di tutti i soggetti comunitari, pubblici e privati, e in primo luogo da parte dei giudici nazionali che tanta importanza hanno avuto ed hanno tuttora nel processo d'integrazione europea.

8. Dall'affermazione dei grandi principi costituzionali che hanno configurato la Comunità come ordinamento sovranazionale, e dalla definizione dei principi che reggono il funzionamento del mercato, il comportamento delle imprese e la tutela dei diritti soggettivi, il giudice Trabucchi passava volentieri ad occuparsi anche di questioni più modeste nella loro portata pratica, quali sono quelle sollevate dai ricorsi dei funzionari comunitari contro decisioni della loro amministrazione. A differenza di taluni suoi colleghi che consideravano tali questioni con annoiato distacco, il professor Trabucchi vi si dedicava con la stessa personale partecipazione con cui affrontava le grandi questioni, trovando in esse quella realtà umana, che spesso è fatta di piccole cose, per la quale egli aveva una particolare sensibilità. Proteggere i più deboli è sempre stata una sua spiccata tendenza. Egli non risparmiava né tempo né energie per difendere il più modesto impiegato quando egli riteneva che avesse subito un torto; e così continuò a fare anche dopo la sua nomina ad Avvocato Generale, senza esitare a proporre pubblicamente, nelle sue conclusioni, la soluzione in cui credeva anche quando fosse chiaro che il collegio giudicante era diversamente orientato.

9. «Italiani, uomini dalle molte vite»: era una frase che Alberto Trabucchi amava citare, e credo che ci si riconoscesse personalmente. Così come in tutti gli altri aspetti e momenti della sua laboriosa e multiforme esistenza intensamente vissuta, il professor Trabucchi ha partecipato con entusiasmo anche alla vita della Corte comunitaria per asserire nella giurisprudenza i suoi valori ed i suoi ideali. Per chi, come lui, poneva la tecnica ed il sapere giuridico al servizio di fondamentali valori umani, la Corte comunitaria nella fase più creativa della sua attività ha costituito un terreno d'azione ideale.

È stato al tempo stesso cultore della tradizione e conservatore su ciò che considerava come un irrinunciabile valore etico, e invece coraggioso innovatore in merito ai cambiamenti tendenti ad una più moderna organizzazione

della società nel senso della sua maggiore efficienza ed equità: e a questo riguardo non ha esitato a propugnare limitazioni importanti sia alla sovranità degli Stati per dare impulso al processo d'integrazione europea, sia (ed è ancor più rimarchevole per un civilista) a diritti individuali, quali la proprietà privata e la libertà d'azione delle imprese per tener conto di esigenze funzionali del mercato comune, così come di esigenze di tutela dei soggetti più deboli, quali sono i consumatori. Pur attribuendo all'individuo ed ai suoi diritti una posizione centrale nella sua concezione della Comunità europea e del mercato comune, non trascurava le esigenze di funzionamento del sistema che richiedessero, nell'interesse generale, limitazioni anche di diritti fondamentali, segnatamente dei c.d. diritti economici. Alla fedeltà ai suoi principi univa un sano pragmatismo nel trovare un equo contemperamento degli interessi individuali dei singoli con quello generale della società.

Egli capiva gli uomini, ne vedeva i meriti non meno che le debolezze. Si poneva di fronte alla realtà in una prospettiva che definirei manzoniana. Era capace di porsi su un piano più alto delle piccole contingenze della vita che caratterizzano i rapporti quotidiani con gli altri, per osservare con simpatia e divertita partecipazione ed al tempo stesso con un certo ironico distacco la scena del mondo, il teatro della vita e delle relazioni umane. Una profonda comprensione dell'uomo lo portava ad essere indulgente con le piccole debolezze. Era esigente con se stesso e coi suoi collaboratori, ma non era un rigorista. Aveva un alto senso etico, ma non si atteggiava a moralista.

Il suo realismo ed il fatto di considerare con un certo disincanto le cose del mondo non lo portavano mai, per quel che io potei vedere, ad assumere un atteggiamento sprezzante, né tanto meno cinico. Andava dritto alla sostanza delle cose, ma non trascurava la forma. Per certi aspetti era un esteta, e non nascondeva un'influenza dannunziana, che si rifletteva nel suo gusto per la bella parola sonante e nello stile non convenzionale e mai banale della sua elegante scrittura. Aveva un'acuta sensibilità per il bello, ma senza i fronzoli del dannunzianesimo; ed a ciò si accompagnava una vera ripugnanza per ciò che feriva il suo senso estetico. È stato l'epigrafista della Corte: ad ogni partenza di un suo membro, la Corte si affidava a lui per esprimere icasticamente in una frase latina (almeno per questa funzione, il latino era considerato all'epoca la lingua comune europea) i tratti essenziali caratterizzanti la personalità del festeggiato. Il suo gusto per le citazioni latine appare chiaramente nelle sue conclusioni come Avvocato Generale. Esse erano la disperazione dei giuristi scandinavi, quasi tutti digiuni di questa lingua.

Era animato da un fondamentale ottimismo, serenità e buon umore, e disponeva di un'alta carica vitale che infondeva energia e fiducia in chi gli stava vicino. Bastava talvolta una sua parola, un gesto, un'espressione del volto per dare una lezione, per far capire all'interlocutore un suo errore di giudizio o di comportamento. Era un vero Maestro, insegnava senza parere anche

quando non era in cattedra: insegnava a ben ragionare ed a ben vivere.

Termino con una citazione che coglie un altro aspetto della sua personalità. Facendosi espressione dell'opinione comune dei membri della Corte, il presidente Lecourt, nel discorso di commiato rivolto al professor Trabucchi allorché questi lasciò la Corte di giustizia, affermò: «Vos Collègues n'ont connu de vous qu'un mélange harmonieux d'amitié et de loyauté. En réalité, derrière le masque romain tente de se cacher, mais en vain, le visage d'un homme généreux».

Paolo Gori**

** Già Referendario alla Corte di giustizia delle Comunità europee; già Professore associato di Diritto delle Comunità europee / Università degli Studi di Padova.

RECENSIONI

Roberto Adam - Antonio Tizzano (a cura di), *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. XXVI-366, € 25,00

Il volume *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, edito nel 2008 dalla casa editrice Giappichelli di Torino, è curato da due illustri professori di Diritto dell'Unione europea: il Professor Roberto Adam, capo del Dipartimento delle politiche comunitarie, nonché coordinatore della Struttura di Missione, preordinata al monitoraggio del precontenzioso comunitario, e il Professor Antonio Tizzano, giudice della Corte di giustizia UE.

L'esperienza sul campo dei suoi Autori si fonde in una sintesi esemplare che pone in risalto i principali profili del sistema giuridico-istituzionale dell'Unione europea: le istituzioni, le fonti e la tutela giurisdizionale. Lungi dal configurarsi quale manuale nel senso tradizionalmente inteso, esso assume, a dire degli Autori, la connotazione di un'introduzione allo studio del processo di integrazione europea, di cui fornisce un primo inquadramento sistematico, privilegiando la trattazione degli aspetti di maggior rilievo. Di fatto, però, finisce per spingersi ben oltre, fornendo un quadro dettagliato e articolato d'insieme, che soddisfa esaustivamente esigenze di studio e di approfondimento.

Il testo *de quo* si segnala per il meticoloso lavoro di aggiornamento che dà conto costantemente, nel corso della trattazione, delle modifiche profilate dal Trattato di riforma, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 e già ratificato da ventiquattro Stati membri, consentendo di coglierne a pieno la portata innovativa, nell'ottica di un diritto europeo non in atto, bensì in continuo divenire.

L'esposizione è piana, lineare, di piacevole lettura, nonché di estrema chiarezza espositiva, nonostante la complessità di taluni fenomeni. La comprensione, lo studio e la memorizzazione di peculiari aspetti è altresì facilitato da utili schede consultabili a fine volume, che ne sintetizzano i passaggi essenziali, come nel caso delle procedure decisionali nel I pilastro dell'UE. L'impostazione pragmatica comune ai due Autori, suffragata tra l'altro da interessanti riferi-

menti giurisprudenziali, consente un raffronto diretto con la realtà e un riscontro pratico della materia, che permette una sua più proficua assimilazione.

L'approccio sistematico descritto traspare limpidamente dal piano dell'opera che consta di tre parti. La prima è dedicata all'ordinamento giuridico dell'Unione europea, si compone di tre capitoli, relativi rispettivamente ai profili generali, al sistema istituzionale e al processo decisionale. Il testo parte, dunque, da un inquadramento generale del sistema giuridico dell'UE, delineandone il processo evolutivo, i principi costitutivi, le rispettive competenze, per poi passare ad un'ampia disamina dell'assetto organizzativo. Segue, nella seconda parte, la trattazione del sistema delle fonti, corredata altresì di una puntuale analisi della relazione intercorrente tra il diritto dell'Unione europea e l'impianto normativo nazionale. La terza ed ultima parte del volume concerne, infine, la tutela dei diritti. È strutturata in due sezioni, la prima delle quali verte sulla tutela in ambito comunitario e si articola in sette capitoli, relativi, nell'ordine, alla tutela in generale, agli organi della giustizia comunitaria, alle competenze della Corte in generale, ai giudizi sui comportamenti degli Stati membri, al controllo sui comportamenti delle istituzioni comunitarie, alla competenza giurisdizionale e alle altre funzioni. L'ultima sezione è improntata all'esame della tutela in ambito nazionale, con particolare riferimento alla tutela cautelare, nonché al risarcimento dei danni provocati da violazioni del diritto comunitario.

A conclusione di siffatta disamina, emerge come il testo, così strutturato, si configuri quale valido strumento di conoscenza, per addentrarsi nella materia, nei suoi aspetti essenziali ed imprescindibili, permettendo di calarsi nel processo di integrazione europea, nel suo "farsi", nella mutevolezza del suo divenire, tra passato, presente e futuro.

Anna Iermano*

Paolo Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. IX-281, € 20,00¹

Sotto un accattivante titolo il volume qui recensito si occupa con estrema autorità accademica di un tema straordinariamente complesso, coinvolgente una pluralità di settori, pubblicistici e privatistici. Il lavoro è scritto da uno dei massimi storici del diritto italiano, docente di Storia del diritto italiano medievale e moderno, fine giurista dell'ateneo fiorentino, attento conoscitore

* Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia», indirizzo autonomo del Corso di dottorato in «Teoria delle Istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento» / Università degli Studi di Salerno.

¹ Si segnala ai lettori che è stata pubblicata la quarta edizione (2009) del volume qui recensito (*n.d.r.*).

della storia del diritto italiano ed europeo, membro dell'Accademia dei Lincei. L'opera è scritta per la collana «Fare l'Europa», un progetto interessante, che nasce dall'unione di cinque editori di lingua e nazionalità differente (Laterza, Seuil, Critica, Basil Blackwell, Beck). Finalità della collana è affrontare i temi fondamentali della storia europea nei diversi tratti che la caratterizzano e differenziano dalle esperienze statali degli altri continenti; l'obiettivo è ricercare nella pluralità dell'esperienza giuridica dei singoli Stati l'identità collettiva dell'Europa «Perché l'oggi discende dall'ieri, e il domani è frutto del passato», così scrive nella prefazione al libro Jacques Le Goff, direttore della collana. Un progetto questo che veicola i grandi temi della trattazione "Accademica" verso un lettore colto ed interessato, non un intellettuale esperto della materia, ma informato. Non si può avere alcuna pretesa di entrare nei contenuti di un'opera così ricca e significativa, ma piuttosto segnalare alcune delle sue linee portanti.

L'opera è preceduta da una prefazione, da una premessa, e da chiarimenti preliminari (pp. 3-8). Si articola in tre parti; la prima concerne «Radici medievali» (pp. 9-64), è divisa in due capitoli e si diffonde su varie tematiche relative agli aspetti del mondo giuridico medioevale definito come «officina della prassi» e «laboratorio sapienziale». La parte seconda riguarda «Le fondazioni della modernità giuridica» (pp. 65-216) e si articola in un'analitica ricostruzione della tematica. Nei primi nove paragrafi (pp. 65-113) si occupa della storia giuridica medievale e rinascimentale, con particolare riferimento ai grandi Stati moderni come la Francia e l'Inghilterra (*common law*). Nel prosieguo della parte, i paragrafi dedicati all'esperienza giuridica dell'età moderna (pp. 113-155) si occupano del costituzionalismo e della codificazione come parte centrale dell'esperienza giuridica, mentre nella parte finale ci si occupa soprattutto dell'esperienza giuridica tedesca (pp. 155-216), con particolare riferimento al Codice civile del 1899 e a quello svizzero del 1907. Nella parte terza intitolata «Itinerari contemporanei. Vecchi e nuovi modelli a confronto» (pp. 217-255) l'opera transita dalla «crisi dello Stato e riscoperta della complessità» attraversando l'esperienze del diritto socialista e degli Stati totalitari fino ad arrivare alle più recenti esperienze dell'Unione europea e al finale passaggio al terzo millennio.

È decisiva la ricostruzione del rapporto tra diritto e sue fonti, fonti non sempre di derivazione legislativa ed espressione di un potere sovrano, ma piuttosto derivanti da radicate consuetudini, manifestazione particolarissima della società, che nel riconoscere le regole, sviluppa la formula della propria appartenenza ed identificazione. Si compie una ricostruzione dettagliata delle spinte, ma anche dei "rallentamenti" di un percorso che inizia con la fine dell'impero romano e con la perdita della "sapienzialità" del suo diritto. L'A. percorre i quindici secoli a venire, spiegando il paradosso del medioevo, che non può utilizzare «l'elaborata, raffinata eloquenza del diritto romano (...) poiché inadatta

alla rozza semplicità e decadente realtà del quotidiano proto-medievale». Con dovizia di particolari, e citazioni precise, e senza mai tralasciare la finalità ultima di "iniziazione" che ispira l'opera, approda al diritto dei nostri giorni. Millecinquecento anni visti non come un *continuum* in divenire, ma un procedere e tornare sui propri passi, uno scoprire originalità legate alle consuetudini, al territorio, alla tradizione, un viaggio attraverso la storia e le grandi passioni giuridiche che hanno in vario modo acceso gli animi e consentito il progressivo evolversi della società e degli equilibri che la governano. L'A. chiarisce subito che la storia del diritto è frammentata in Europa, e l'analisi che propone rileva esperienze giuridiche diverse, «con tratti di forte ed incisiva peculiarità».

Ugualmente di interesse è la suddivisione temporale del volume. Ricalca le tre grandi epoche della formazione dello Stato moderno. La suddivisione temporale, rappresenta una proiezione di tre esperienze giuridiche diverse, differenziate in modo netto e che ci propongono tre visioni e realizzazioni del diritto, ognuna delle quali rapportata al potere ed alla società imperanti in ogni singolo periodo considerato. Straordinario è lo sforzo compiuto dall'A. nel sintetizzare descrizioni di periodi e fasi multisecolari, intrecciando categorie pubblicistiche con altre privatistiche. Esemplare è la ricostruzione dello Stato in Europa, alla cui origine c'è il ruolo del re e del principe-giudice non ancora legislatore. Così come di singolare interesse è la parallela ricostruzione di istituti privatistici come quello del *dominium*, strumento indispensabile per l'affermazione dell'individuo come centro della realtà giuridica. È in questa fase che l'A. ricostruisce il contributo dei grandi Stati moderni legislatori (Francia, Spagna, Portogallo). Ed è sempre in tale periodo che l'A. individua nel ceto dei giuristi dottrinali il protagonista del così detto *ius commune* europeo, derivante dalla riscoperta dell'antico diritto romano.

Altrettanto ardua ma allo stesso modo ben riuscita è la linea di ricostruzione storica sulle origini parallele delle Costituzioni e dei Codici. Qui l'A. opera una meritoria descrizione del ruolo del giusnaturalismo come terreno originario di ingresso nella modernità. Sono infatti considerati i modelli giusnaturalistici (Grozio) intesi come barriere insuperabili rispetto all'arbitrio dello Stato legislatore. In tale linea l'A. ricostruisce analiticamente i contenuti delle Carte costituzionali, come strumento primo di garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo. Ma ricostruisce altresì i Codici civili come antemurale «dove la proprietà e il contratto presidiano le libertà del nascente ceto borghese e mercantile». Accenna infine l'epoca contemporanea.

A titolo di conclusione lo studioso del diritto comunitario leggerà utilmente le pagine del volume dedicate a tale nuovissimo approdo dell'Europa del diritto (pp. 249-254). Solo un grande maestro contemporaneo poteva presentare una così originale ricostruzione delle origini del diritto in Europa. Certamente Egli non è stato il primo a battere tale strada. Ma senza dubbio più di altri ha proseguito il percorso di studi e di ricerche transitando dall'an-

tico, al moderno, al contemporaneo. Anche per questo tutti gli studiosi del diritto europeo devono essergli particolarmente grati. Così come anche i recensori di un'opera così importante e fondamentale non possono che segnalare la straordinaria occasione offerta al pubblico dei lettori.

Anna Lisa Verdecchia**

Francesco Salerno, *Diritto internazionale - Principi e Norme*, Padova, Cedam, 2008, pp. XXV-550, € 40,00

Carlo Focarelli, *Lezioni di Diritto internazionale:*

vol. I, *Il Sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, Padova, Cedam, 2008, pp. XXVII-636, € 46,50

vol. II, *Prassi*, Padova, Cedam, 2008, pp. XXX-716, € 53,00

Le due opere si segnalano al lettore di diritto comunitario sia per la loro utilità pratica ai fini dell'accertamento organico delle fonti di diritto comunitario, appositamente elencate nelle "liste" *ad hoc*, sia, in modo particolare, per le fonti giurisprudenziali e normative contenute nell'apposito II volume di prassi sia giurisprudenziale che non (FOCARELLI, *supra* vol. II, part. p. 675 ss.). Trattasi di due manuali "brevi" rivolti alla didattica, volendo con tale definizione gli Autori illustrare il taglio proprio di ciascuna opera, precipuamente evidenziato dal sottotitolo di copertina, destinato a circoscrivere il profilo normativo ed ad evidenziarne i contenuti. Su tale presupposto i volumi vanno ad inserirsi nella manualistica italiana corrente, con un ruolo senz'altro di rilievo accanto a quelli ormai divenuti classici *fin de siècle* ed a quelli successivamente sopravvenuti. Ambedue presentano la caratteristica comune di auto-dichiararsi, fin dall'introduzione, come "manuali di scuola", allo scopo di individuare la scendenza di ciascuno degli autori ai più autorevoli centri universitari, rispettivamente quello toscano-fiorentino e napoletano-romano.

Come risultato il primo manuale è espressamente dedicato con spirito di particolare deferenza alla memoria del non dimenticato Maestro di diritto internazionale del secolo scorso, di cui si intende rinnovare il metodo "neo-ordinamentale" (GIUSEPPE BARILE) utilizzato nei percorsi logici seguiti dall'A. sia pure con completa autonomia di pensiero e con evidente maturazione personale, rispetta i suoi riconosciuti maestri (B. CONFORTI, P. PICONE). Allo stesso modo la seconda opera qui recensita si ispira ad un metodo "sistemico" come criterio di inquadramento della vastissima materia trattata in un'ottica universal-statualistica, nonché come criterio di collegamento all'amplissima

** Dottore di ricerca e Cultore della materia in Dottrina dello Stato, Diritto Costituzionale, Istituzioni di diritto pubblico e Scienza dell'Amministrazione / Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno.

raccolta di prassi internazionale allocata nei comparti logici già emergenti dal primo volume. Si tratta di opere evidentemente innovative, di cui è possibile immaginare completamenti e sviluppi nelle edizioni successive, dopo i primi riscontri da augurarsi senz'altro altamente positivi provenienti dal pubblico dei lettori e degli operatori professionali. Di questi ultimi quelli dediti allo studio dei rapporti fra Comunità internazionale e Comunità dell'UE sarà possibile riscontrare un sicuro apprezzamento per la intima connessione tra i valori giuridici generali di produzione di nuovi modelli normativi ed organizzativi e i loro sviluppi pratici nel contesto delle varie unioni regionali di Stati. In tal senso le opere qui segnalate senza avere un dichiarato intento "euro-internazionale" rappresentano un evidente contributo allo studio e alla comprensione del fenomeno comunitario europeo *lato sensu*.

Passando all'esame del primo manuale si può osservare come esso distribuisca la presentazione della vasta materia in un *compact* di dieci capitoli unitariamente interconnessi, particolarmente idonei a fornirne una semplice ed immediata visione anche per un pubblico di studenti universitari e non solo. Senza indulgere alla tentazione di un ritorno puro e semplice alle trattazioni ordinamentali proprie della seconda metà del secolo scorso (PERASSI - MORELLI), l'A. ne riutilizza l'apparato criticamente vagliato e frutto di una lunga esperienza accademica compiuta in più università. Categorie generali come "autonomia ordinatoria", soggettività internazionale, organizzazione costituzionale e statale e organizzazioni internazionali, fonti normative, regime dell'uso della forza, diritti sovrani ed individuali, adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale e comunitario, responsabilità e soluzione delle controversie. Sono questi i dieci grandi temi grazie ai quali l'A. esprime la sua rinnovata "*Prinzipien-Lehre*", c'è il suo apparato generale nozione ed i concetti rovesciati sull'esperienza dei singoli istituti con valutazioni sempre attente tanto alle esperienze più tradizionali come a quelle più attuali, senza concessioni o cedimenti all'individuazione di regole nuove o presunte emergenti dalla prassi attuale ed istantanea della vita internazionale. Particolarmente felice appare la compattazione con l'ordinamento costituzionale italiano ed europeo nei due fondamentali capitoli dedicati ai limiti internazionali dell'organizzazione "estero" o esterno dello Stato sempre più orientato verso la promozione di modelli democratici e di regimi partecipativi di autorità centrali e locali nella formazione e nell'attuazione di norme internazionali. In conclusione, sia pure da una sommaria disamina è facile intravedere nel futuro di questo "manuale breve" un consolidamento come opera centrale della manualistica italiana del settore, particolarmente rappresentativa per i compiuti risultati raggiunti nel collegamento tra vecchie e nuove tendenze "ordinamentali".

Non si comprenderebbe appieno l'importanza fondamentale dell'opera bi-volume del FOCARELLI, senza menzionarne le collaudate esperienze prepa-

ratorie dedicate alla sistematica della prassi internazionale, già curate dall'A. nel suo noto *Digesto* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2004) originariamente limitato alla sola prassi giurisprudenziale italiana, ma ora esteso a quella europea e non solo. Ugualmente significativa appare la scendenza metodologica dell'opera alla dichiarata presenza dell'A. nei percorsi bibliotecari e bibliografici dell'istituto Max Planck di Heidelberg, dove intere generazioni di studiosi hanno ritrovato le tracce dell'esperienza comparata mondiale. Ben fedele appare l'A. al gran metodo della *jurisprudentia universalis*, grazie alla quale fin dalla fondazione degli studi internazionalistici inaugurati in quella città sulla seicentesca cattedra di *Samuele Pufendorf*, si segnalava come la giurisprudenza o è sistematica o puramente e semplicemente "non è". Sulla base di tali orientamenti metodologici l'A. suddivide la sua amplissima e dettagliatissima trattazione della materia in tre parti e dodici capitoli, ciascuno dei quali suddiviso nell'articolato di più sezioni e sottosezioni; ne deriva una visione d'insieme estremamente semplice e maneggevole in certa misura accattivante anche per le scelte tipografiche adottate (paragrafetti, corsivi e numerazione progressiva), nella quale lo studente come lo studioso, potranno ritrovare i grandi lineamenti della Comunità internazionale, della creazione e applicazione del suo diritto, nonché della ripartizione delle sfere di giurisdizione terrestre, marittima ed aerea tra Stati. Dopo i primi tre capitoli nella parte centrale dedicata ai valori "comuni" dell'umanità vengono trattati tutti i grandi settori dai più tradizionali a quelli attuali dell'ordine internazionale nei vari comparti politici ed economici, ambientali e di sviluppo della prevenzione e della repressione penale come della sicurezza globale della società umana, come "governata" dal sistema interstatale. Anche quest'opera si conclude come quella precedentemente indicata con due capitoli finali dedicati alla responsabilità internazionale nonché ai metodi di soluzione delle controversie.

In sede comparativa, in un certo senso ineludibile, va segnalata la straordinaria importanza di queste due opere, apparse in coincidenza temporale e quasi logica, come espressione di una necessità insopprimibile delle nuove tendenze dottrinali della manualistica italiana di questo inizio secolo. Senza avanzare alcun giudizio, seppur sommario, è facile segnalarne il contributo al rinnovamento metodologico, ancorato ad alcuni presupposti dottrinali di una disciplina così antica come quella euro-internazionalistica. Di modo che va vista con particolare simpatia e con grande favore la combinazione dei due metodi "ordinamentale" e "sistemico" in una visione integrata dei rapporti tra diritto internazionale e diritto statale e viceversa di quest'ultimo con il diritto universale dell'intera comunità umana governata dal sistema degli Stati nazionali.

Massimo Panebianco***

*** Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

Otfried Höffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 5-364, € 32,00

L'analisi delle cause della globalizzazione, intesa sia come *mondialisation* o come interazione di rapporti di diversa matrice, sociale, giuridica ed economica, oltre il territorio statale si pone spesso all'attenzione degli studiosi al fine di delineare aspetti o ricadute sulla struttura statale interna dello stesso fenomeno. Da qui l'interrogativo di fondo concernente l'ambito delle funzioni primarie statali rispetto a fenomeni inter-transnazionali sia pubblici che privati che hanno interessato gli Stati in diverse epoche, basti pensare, ad esempio, alla dimensione ed alla nozione di guerra giusta, oppure alla universalità della *lex mercatoria*. È in tale contesto che si inserisce l'opera qui recensita, la cui traduzione dal testo originale in lingua tedesca (*Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, Verlag C. H. Beck, 1999) è stata curata da F. Ferraresi e C. Sandrelli.

Essa si presenta monumentale nella misura in cui tende a delineare le tensioni del rapporto tra democrazia e globalizzazioni in una chiave di lettura non solo in prevalenza filosofica, ma anche giuridica ed economica. L'opera corredata da un ampio indice bibliografico articolato in una sezione opere (pp. 329-337) e riferimenti bibliografici (pp. 339-358) si suddivide in tre parti raggruppanti sedici capitoli (parte prima democrazia qualificata, pp. 33-164; parte seconda repubblica mondiale federale, pp. 165-254; parte terza compiti e istituzioni, pp. 255-328). Nella prima parte dell'opera (pp. 13-44) l'A. si sofferma, da un lato, sulle incidenze esterne alla struttura statale di matrice sia economica che sociale, dall'altro, sulle possibili conseguenti risposte riconducibili a criteri di giustizia e di solidarietà degli Stati (pp. 45-68), dedicando così un intero capitolo (capitolo VI, pp. 111-136) al comune interrogativo sia filosofico che giuridico concernente l'esautorazione dello Stato intesa come possibile perdita consistente di sovranità.

Le trasformazioni dall'interno e dall'esterno comporterebbero *deficit* di efficienza e di effettività in cui sono compresi gli effetti collaterali inevitabili di democratizzazione. Rispetto a ciò la risposta statale andrebbe ricercata in cinque livelli definiti di modernizzazione dello Stato moderno, consistenti il primo nella correlazione tra nazione-*civitas*, nel senso di una equiparazione nei diritti dei cittadini di uno Stato indipendentemente dalla loro appartenenza etnica, il secondo si realizzerebbe nei contenuti dei diritti e doveri di cittadinanza per effetto della relativizzazione dello Stato di origine cominciata con la prima modernizzazione, il terzo consistente nella risposta dello Stato nazionale mediante la partecipazione a comunità politiche macroregionali come ad esempio l'Unione europea, e per effetto della quarta modernizzazione lo Stato si vincola ai principi universali e si sviluppa in una visione pluriethnica, passando così alla quinta modernizzazione costituente una democrazia qualificata,

per effetto della quale si supera il "patriottismo costituzionale" che non viene delegittimato dal bisogno globale di azione ma bensì relativizzato. Di fronte a tali trasformazioni nel capitolo finale della parte prima (capitolo VII, pp. 137-164) emerge una nozione di democrazia qualificata che racchiude in sé valori condivisi riconducibili al senso di giustizia, tolleranza e senso civico.

Il fondamento di tali trasformazioni dello Stato moderno viene individuato dall'A. negli affascinanti capitoli iniziali della parte seconda (capitolo VIII, pp. 165-190, capitolo IX, pp. 191-210) che si inseriscono in una ricostruzione dedicata da un lato all'analisi storica del diritto delle genti, definito quale diritto naturale universale, competente per i rapporti tra tutti i popoli, ripercorrendo così il pensiero classico di Francisco de Vitoria, Fernando Vázquez e Francisco Suarez, dall'altro all'importanza del significato di pace perpetua così come susseguitosi nel corso dei secoli a partire dal pensiero di Platone, Aristotele e Agostino suddividendo per fasi temporali, in medioevo e modernità, le ricostruzioni di altri grandi teorici. Mediante tale ricostruzione l'A. segnala come nella qualificazione di una pace universale e nello sviluppo del diritto delle genti vadano ricercati il carattere universale della Comunità internazionale. L'universalità della stessa si pone nei capitoli successivi (capitoli X-XII, pp. 211-254) quale base interrogativa di un possibile ordine mondiale senza Stato mondiale, prospettando così una repubblica mondiale indipendente da valutazioni concernenti forme di Stato, ma che trova la sua legittimazione nei diritti umani e nella sovranità popolare. Ciò non può trovare una completa identità nel modello della Organizzazione delle Nazioni Unite, che pur avendo sviluppato livelli maggiori di tutela e sicurezza rispetto ai singoli Stati, incontra il suo limite nelle competenze degli organi che dal canto loro non realizzano un pieno sviluppo legislativo, esecutivo e giudiziario, incidendo in maniera debole, così, sui poteri di coordinazione e di sanzione (pp. 238 ss.).

Il modello di repubblica mondiale viene ricercato pertanto in quella media costruttiva in cui le democrazie esistenti conservano ampi diritti in una interrelazione statale operante nel contesto globale, emergendo così funzioni di complementarità e sussidiarietà. Inevitabile, pertanto, il collegamento nella parte terza (pp. 255 ss.) della universalità della Comunità internazionale con la circolazione dei valori espressione delle singole democrazie statali. Valori che trovano una loro giusta tutela in sede internazionale sia per la loro unitaria affermazione, si pensi ad esempio alla tutela della pace nell'ambito della Carta delle Nazioni Unite, sia per la loro tutela nell'ambito di tribunali penali internazionali, configurando l'A. un diritto penale mondiale a presidio delle violazioni dei diritti umani. Il volume si chiude con la parte (capitolo XV, pp. 295 ss.) dedicata al mercato e alla tutela dell'ambiente in una visione predominante di funzionalizzazione del benessere dei popoli e dei diritti umani.

Con tali ampie diffuse ed analitiche trattazioni l'A. offre una prospettiva ad ampio raggio della universalizzazione, proponendo un modello di ordina-

mento giuridico globale, che da un lato si assoggetti alle condizioni della democrazia liberale e che dall'altro, ferma restando la legittimità dei singoli Stati nazionali, si limiti ad avere un carattere complementare, sussidiario e federale, prospettando così una repubblica mondiale articolata in senso statale ispirata al sistema dello Stato di diritto. Complessivamente l'importanza di quest'opera consiste nell'aver ridotto la globalizzazione alle sue origini storiche proprie della società internazionale già da tempo "universalizzata" e mondializzata. Non meno importante, merito di quest'opera è stato quello di aver considerato lo stesso fenomeno come una *chance* per lo Stato democratico e per la sua ulteriore fase di trasformazione, uscendo così dalla falsa alternativa di una globalizzazione a seconda dei casi ottimistica o pessimistica per il futuro dello Stato contemporaneo.

Francesco Buonomenna****

Fiammetta Borgia, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 227, € 20,00

Da alcuni anni l'interesse per il tema della responsabilità sociale delle imprese è in costante aumento; lo sviluppo di un'economia di tipo globale ha consentito la crescita di imprese capitalistiche a carattere multinazionale che sono riuscite ad affrancarsi dagli angusti ambiti di applicazione delle singole legislazioni nazionali, mettendo in crisi l'esercizio da parte degli Stati della loro stessa sovranità.

Da qui un rafforzamento del ruolo delle imprese multinazionali nel panorama politico ed economico mondiale e il conseguente problema della configurabilità delle stesse come soggetti di diritto internazionale, presupposto per l'attribuzione della responsabilità sociale, oggetto di studio nel volume qui recensito.

L'A., dopo aver definito il concetto di «impresa multinazionale», affronta per l'appunto il tema del riconoscimento della loro soggettività internazionale, passando in rassegna le posizioni espresse dalla dottrina del diritto internazionale pubblico dagli anni 50 ad oggi ed evidenziando come esistano trattati internazionali in materia di investimenti esteri che prevedono la possibilità per le imprese multinazionali di attivare meccanismi di risoluzione delle controversie agendo direttamente contro gli Stati. In relazione a ciò l'A. conclude propendendo per l'attribuzione alle imprese multinazionali di una soggettività giuridica derivata e in quanto tale limitata, ma non esclude che in un futuro non troppo lontano l'incremento del peso delle multinazionali possa compor-

**** Ricercatore in Diritto Internazionale / Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno.

tare la trasformazione delle stesse da attori a soggetti del quadro giuridico internazionale, con conseguente attribuzione di diritti e obblighi simili a quelli di molti Stati ed erosione della loro sovranità.

Una volta individuata tale forma di soggettività internazionale, l'A. dedica il terzo capitolo del volume all'analisi del concetto e della natura giuridica della responsabilità sociale delle multinazionali, non senza aver prima passato in rassegna l'evoluzione delle teorie formulate in materia, dai concetti di profitto ed etica come sintesi dalla teoria classica di impresa all'affermazione del Business Ethics, basata sull'elaborazione di principi atti a regolare il comportamento dell'impresa nel suo complesso e dei singoli individui che in essa operano.

I successivi capitoli sono dedicati ad un'approfondita analisi della regolamentazione della materia; in particolare, l'A. passa in rassegna tutte le iniziative intraprese a livello internazionale, evidenziando le problematiche connesse all'adozione di fonti di *soft law* in merito all'efficacia vincolante delle stesse e alla mancanza di sanzioni in caso di loro violazione. Il quinto capitolo è interamente dedicato alle iniziative intraprese a livello europeo, mentre il sesto fa riferimento alle iniziative intraprese a livello nazionale.

A conclusione di tale *excursus* sulle fonti normative in materia di responsabilità sociale, l'A. tratta il tema dell'adozione, da parte delle stesse multinazionali, di codici di condotta privati, definendone nozione, natura giuridica e ambito di applicazione, nonché i relativi meccanismi di controllo e ponendo l'attenzione sulla molteplice funzione degli stessi.

In definitiva, trattasi di un'opera che contribuisce a far chiarezza su una materia dai contorni ancora non perfettamente nitidi e che, grazie alla sistematicità della trattazione e al suo rigore scientifico, si presenta come un valido strumento conoscitivo dell'attuale assetto regolatorio della stessa. L'originalità e la complessità del tema trattato, unite alla fluidità del testo e alla chiarezza espositiva, ne fanno un'opera capace di suscitare vivo interesse nel lettore, sia esso cultore del diritto internazionale o meno.

Angela Rustico*****

Andrea Saccucci, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. XXIV-668, € 63,00

Nell'ampia bibliografia già dedicata nel corso degli anni agli studi monografici afferenti le misure provvisorie urgenti per la tutela dei diritti umani nel sistema della giurisdizione dei Tribunali e delle Corti Internazionali, non ovviamente di quelle ugualmente provvisorie, ma aventi natura politico-diplomatica, emerge questa importante ricerca, oggetto della presente recensione.

***** Dottore in Giurisprudenza.

L'opera contribuisce al miglioramento del funzionamento di tale sistema di protezione internazionale giudiziaria, evidenziando quanti e quali sforzi sono stati compiuti in varie sedi allo scopo di porre rimedio alla funzione, per sua natura successiva – e, pertanto, intimamente "tardiva" – assolta da attività secondarie già svolte, in un primo momento, all'interno degli Stati e solo in seguito "azionate" dagli individui insoddisfatti dall'operato degli organi amministrativi e dei Tribunali interni. L'A. resta così profondamente coinvolto, nella sua ampia ricerca, dalle finalità proprie delle tutele preventive, illustrando come la creazione di un "corridoio" umanitario ispiri l'interpretazione giudiziaria, l'esecuzione dei Trattati di tutela internazionale dei diritti umani nelle varie sedi, grazie ad un'opera spesso "pretoriana" della giurisprudenza e ad un forte impegno espletato in sede di elaborazione di regolamenti di procedura e di revisione dei Trattati internazionali. Così ispirata, l'opera affronta un impegno di studio e di analisi addirittura "tri-continentale", riguardante, nello specifico, la Corte europea di Strasburgo (in parallelo a quella comunitaria di Lussemburgo), deputata all'applicazione della Convenzione di salvaguardia, nonché l'interessante Corte inter-americana di San José, sempre più sintonizzata nel dialogo fra le Alte Corti e, infine, corrispondenti istituti "paragiurisdizionali" ugualmente comparabili per il tipo di tutela assicurata (Commissione africana e vari Comitati delle Nazioni Unite interessati alle tutele settoriali). Ovviamente, l'indagine dell'A. non poteva estendersi ad alcuni rilevanti aspetti del diritto unionistico-comunitario, collegati in special modo al recente Trattato di Lisbona ed alla richiamata e connessa Carta europea dei diritti fondamentali (ora prevista come obbligatoria). Quanto da ultimo rilevato, tuttavia, non esclude che quella trattata nell'opera sia una sfera d'indagine estremamente ampia, affrontata talora dall'A. anche con l'accesso telematico a tutta la documentazione rilevante ma spesso poco conosciuta.

Il volume in esame si apre con una preliminare introduzione per poi dividersi in cinque parti, rispettivamente dedicate al fondamento giuridico delle misure provvisorie (pp. 11-122), al procedimento incidentale per l'adozione delle misure provvisorie (pp. 123-195), ai presupposti sostanziali per l'adozione delle misure provvisorie (pp. 197-359), alla rilevanza delle questioni di giurisdizione e di ricevibilità in sede cautelare (pp. 361-439) ed infine all'efficacia giuridica delle misure provvisorie (pp. 441-633). Nella redazione e nella stesura dei capitoli ricompresi nelle predette parti, particolarmente utilizzata è la tecnica del confronto tra sistemi tra loro anche eterogenei e talora comparabili con una qualche difficoltà (pp. 11-122). Non va sottaciuto, altresì, che il volume in esame risulta preceduto da un'avvertenza relativa al metodo utilizzato dall'A. per l'accesso alle fonti (pp. XXIII-XXIV). Completano l'opera tre bibliografie continentali, cui seguono quelle dedicate alle Nazioni Unite nei rispettivi settori di competenza (pp. 643-657). Correda il tutto, infine, una bibliografia supplementare, in aggiunta alla bibliografia menzionata. Quest'ultima, segnatamente, si

riferisce *grosso modo* alla tematica trattata, con la citazione selettiva di vari Autori (e delle loro opere) ritenuti, dall'A., particolarmente rilevanti nel clima di tutela contemporanea dei diritti umani (pp. 657-664).

È, pertanto, evidente come l'interesse per la tutela internazionale dei diritti umani si sia notevolmente accresciuto nel corso degli ultimi anni, e per alcune "significative" vicende che hanno interessato diverse parti del mondo e per una maggiore sensibilizzazione al problema che queste hanno di fatto determinato non solo nelle competenti sedi istituzionali, ma anche e forse soprattutto nell'opinione pubblica. Conseguenzialmente, risulta pure imprescindibile una conoscenza d'insieme dei numerosi strumenti, organi e procedure che la Comunità internazionale, nelle sue diverse componenti geografiche e funzionali, ha saputo realizzare per la promozione e la protezione internazionale dei diritti dell'uomo. Per quanto concerne i diversi sistemi giudiziari presi in esame, non può certo negarsi che il particolare sviluppo realizzato dalla Convenzione europea (applicata, come già anticipato, dalla Corte europea di Strasburgo), in termini soprattutto di efficacia e di perfezionamento dei sistemi di protezione, ha inevitabilmente finito per focalizzare gli interessi del continente europeo su questo strumento e sul suo sistema di tutela. Parimenti, però, non può affatto disconoscersi la rilevanza del sistema di protezione inter-americano assicurato dalla Corte di San José in Costa Rica, chiamata ad applicare la cosiddetta CADU (da non confondersi col suo "gemello europeo", vale a dire la cosiddetta CEDU), e neppure l'importanza del sistema di protezione e di promozione del diritto africano, la cui Carta, entrata in vigore nel 1986, si inserisce nel novero delle c.d. «dichiarazioni dei diritti regionali», indirizzate cioè a zone geograficamente determinate, con il chiaro intento di creare un sistema unitario e "sovranazionale" dei diritti; non va inoltre sottaciuto come la protezione e la promozione dei diritti enunciati nella summenzionata Carta competano a tre distinti organi, vale a dire la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, la Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'U.A. e, da ultimo, la Corte. Di fondamentale rilievo, come messo in luce nel volume, è anche l'attività espletata dagli organismi dell'ONU per i diritti umani, strutture organizzate finalizzate a controllare (almeno sulla carta) la realizzazione dei diritti umani e molto attive nel proporre sempre nuovi e più efficaci strumenti giuridici e politici per l'attuazione dei detti diritti umani ovunque nel mondo: si pensi, a titolo esemplificativo, al Comitato dei diritti umani, al Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, al Comitato contro la tortura, al Comitato contro la discriminazione razziale (per non parlare del recente Consiglio da poco istituito, facendo così un "salto" dagli organi sussidiari a quelli principali veri e propri del sistema onusiano). È intuitivo, sulla base del quadro testé delineato secondo l'opinione dell'A. qui recensito, che, nonostante la vastità e la delicatezza della materia affrontata, trattandosi di diritti fondamentali dell'individuo, i molteplici diritti evocati nei vari sistemi analizzati non presentano, né possono

presentare, radicale differenza di contenuto atteso che le relative formule normative di tutela sono sovrapponibili, ma, al più, di formulazione, senza con ciò tuttavia volere minimizzare le disparità che possono derivare da una diversa redazione e conseguente interpretazione.

Nell'opera qui presentata, se è consentito un sommesso commento finale, emerge infine un singolare dualismo o bipartizione di metodo tra l'impostazione iniziale finalizzata alla creazione del corridoio umanitario rispetto al capitolo finale, dedicato alle varie teorie utilizzate nei diversi contesti allo scopo di attivare i rimedi provvisori di necessità e di urgenza. Appare, pertanto, l'opera blindata nella sua premessa iniziale, in virtù della quale le finalità umanitarie svolgerebbero, in passato come ora, una funzione legittimante di procedure, rimedi e misure provvisorie e preventive anche se non previste *singulatim* nei Trattati, negli Statuti e nei Regolamenti di procedura. Tale premessa, fortemente coinvolgente sul piano teoretico, non trova però riscontro nell'analisi della documentazione molto più prosaicamente ancorata a più classiche motivazioni proprie ai principi giurisdizionali del processo civile, amministrativo e penale. Sempre in tale ottica divisoria, la "omogeneizzazione" dei vari sistemi continentali e di tipo ONU appare anch'essa blindata nell'ottica esclusivamente giurisdizionale e, pertanto, in qualche modo a-critico svincolata dal contesto delle funzioni normative proprie dei vari Enti continentali ed internazionali di integrazione. In effetti, le teorie classiche sul *periculum in mora* appaiono ai giudici fondamento condiviso ed accettabile ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione dei testi convenzionali e regolamentari. Premesse tali sommarie osservazioni, l'opera in oggetto appare comunque di straordinaria importanza per tutte le ragioni dette e destinata ad occupare un posto importante nella dottrina internazionalistica e, ancor più, in quella comparatistica sui processi di integrazione continentale, regionale e sub-regionale, non solo per l'estrema padronanza della tematica trattata ed esposta, quanto anche per l'utilità che ne può derivare sia agli operatori pratici del settore forense, sia ancor più agli studiosi di diritto comparato ai fini della ricostruzione di una oggi molto remota "giurisprudenza universale".

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*

FRANCESCO BUONOMENNA, *Ricercatore in Diritto Internazionale / Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

FRANCESCO COSTAMAGNA, *Borsista post-dottorato in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Torino*

GIACOMO GATTINARA, *Dottore di ricerca in Diritto Internazionale e dell'Unione europea / Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*

PAOLO GORI, *già Referendario alla Corte di giustizia delle Comunità europee; già Professore associato di Diritto delle Comunità europee / Università degli Studi di Padova*

ANNA IERMANO, *Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia», indirizzo autonomo del Corso di dottorato in «Teoria delle Istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento» / Università degli Studi di Salerno*

MIRIAM IMMEDIATO, *Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

LUIGI MACCARONI, *Dottorando di ricerca in Libertà fondamentali e formazioni sociali / Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

LEONARDO PASQUALI, *Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Pisa*

ANGELA RUSTICO, *Dottore in Giurisprudenza*

VINCENZO TINTO, *Dottore in Giurisprudenza / Università degli Studi di Catania*

ANNA LISA VERDECCHIA, *Dottore di ricerca e Cultore della materia in Dottrina dello Stato, Diritto Costituzionale, Istituzioni di diritto pubblico e Scienza dell'Amministrazione / Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno*

ARTICOLI

I CONTROLIMITI NEL RAPPORTO TRA DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE*

Sommario: 1. *Dubbi ed interrogativi sui controlimiti in funzione di garanzia dei principi supremi* - 2. *Il lento cammino verso il primato tra dualismo e monismo* - 3. *La sentenza Granital* - 3.1 *Le pronunce della Corte costituzionale sull'applicabilità delle norme comunitarie in materie coperte da riserva di legge e sulle discriminazioni a rovescio* - 4. *Gli sviluppi in tema di controlimiti a difesa dei diritti fondamentali, dalla Carta di Nizza al Trattato costituzionale* - 4.1 *Segue: L'applicazione dei controlimiti nelle pronunce dei giudici costituzionali degli Stati membri* - 4.2 *Segue: L'applicazione dei controlimiti da parte del Consiglio di Stato, sentenza Federfarma n. 4207 del 2005* - 4.3 *Una risposta alla sentenza Köbler?* - 5. *Quale futuro per i controlimiti?*

1. Dubbi ed interrogativi sui controlimiti in funzione di garanzia dei principi supremi

Agli inizi degli anni '90, *Sergio Fois* nel contesto culturale italiano prevalentemente adesivo alle tesi europeiste che avevano accettato come indiscusso e indiscutibile il primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, nel suo intervento al seminario tenutosi presso la Corte costituzionale «Sistema delle fonti e riserva di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario e interno»¹, si poneva un interrogativo cruciale: «è concepibile che gli aspetti essenziali del sistema delle fonti non siano da ricomprendere nei "principi supremi" che riguardano aspetti strutturalmente essenziali del nostro sistema costituzionale?».

Per *Fois* «la reale salvaguardia degli aspetti essenziali del nostro sistema

* Questo scritto è un omaggio al costituzionalista *Sergio Fois*, scomparso il 23 gennaio 2009, le cui riflessioni, commentate nel testo, risultano ora di particolare attualità dopo la recente sentenza della Corte costituzionale tedesca che è stata pronunciata nelle more della pubblicazione del presente articolo.

¹ In AA. VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 15-16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè, 1991, p. 139 ss.

delle fonti, anche quale controlimita all'ingresso del diritto comunitario si presenta come problema degno di attenta considerazione da parte della dottrina, e specialmente della Corte costituzionale». Evidente era la preoccupazione dell'insigne costituzionalista che l'ingresso del diritto comunitario in deroga alla riserva di legge, intesa come specifica attribuzione di competenza di carattere obbligatorio e limite costituzionale per il legislatore, potesse porre in discussione lo stesso principio democratico del nostro sistema, ad essa strettamente collegato.

Di qui l'interrogativo: può dirsi che quale controlimita sia sufficiente che la Corte costituzionale si garantisca la possibilità di controllare il rispetto dei diritti fondamentali quanto al contenuto delle facoltà in essi insite, o invece è anche, e specialmente, necessario far valere un principio che – almeno di regola – escluda in tale materia la competenza comunitaria riservandola alle fonti interne a ciò costituzionalmente abilitate? In altri termini: è sufficiente che i controlimiti operino solo a livello contenutistico dei diritti in questione, o invece è necessario che essi operino anche a livello (apparentemente) formale relativo alle implicazioni che il rispetto degli aspetti essenziali del sistema delle fonti ha sui diritti in questione? Infine, alla domanda concernente l'individuazione delle sedi (eventualmente) abilitate al bilanciamento tra valori costituzionali (quale limite dei diritti fondamentali nel loro confronto con altri principi fondamentali) *Fois* rispondeva nel senso di nutrire dubbi sul fatto che la sede abilitata a detta ponderazione potesse essere una sede diversa dal legislatore [nazionale] parlamentare.

Infatti per l'Autore, «dato e non concesso che i nostri diritti fondamentali coincidano, sotto tutti gli aspetti, con quelli che vengono ritenuti in qualche modo assicurati dall'ordinamento comunitario, non altrettanto può dirsi – comunque – per i "valori" (o forse meglio, "interessi" costituzionali) da essi diversi, o addirittura, con essi confliggenti. Molti di tali "valori", infatti, sembrano propri solo della nostra Costituzione e del sistema della nostra Costituzione. Né d'altra parte mi sembra possibile ritenere che i "valori" in questione siano (anche acrobaticamente) estraibili da quella specie di cappello a cilindro rappresentato dal principio di "coesione economica e sociale" cui si riferisce l'art. 130 A CE». La posizione di *Fois* (minoritaria ma non isolata nella dottrina italiana), in definitiva, era nel senso di considerare il primato del diritto comunitario «un passaggio non consentito, motivabile, in ultima analisi, soltanto a partire da un vero e proprio fatto normativo sorretto da un'interpretazione impropria dell'art. 11 della Costituzione»².

² Il richiamo alla posizione di *Fois* è di A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 391.

L'art. 11 della Costituzione che stabilisce: «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni in-

Riletti a distanza di circa venti anni i dubbi e gli interrogativi posti da *Fois*, si rivelano assai meno provocatori di quanto all'epoca sarebbero potuti sembrare. Essi in realtà, nella loro crudezza e radicalità (ove condivisi avrebbero infatti decretato la fine dello stesso processo di integrazione comunitaria), preconizzano con grande lucidità, le tappe e alcuni scenari che, di lì a venire, e non solo in ambito nostrano, avrebbero connotato la delicata materia del rapporto fra diritto comunitario e diritto nazionale (primato e controlimiti) imprimendole un nuovo dinamismo e una inaspettata problematicità.

2. Il lento cammino verso il primato tra dualismo e monismo

All'inizio degli anni '90, i termini dell'*intesa*, raggiunta fra Corte di giustizia CE e Corte costituzionale italiana, sull'incidenza sul sistema (nazionale) delle fonti dell'affermazione del primato del diritto comunitario su quello nazionale sembrano ormai sufficientemente definiti. Le tappe più significative che avevano condotto a tale faticoso risultato meritano di essere brevemente richiamate.

In seguito alla sentenza *Costa c. Enel* del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64 in cui la Corte di giustizia aveva affermato (in contrasto con la Corte costituzionale italiana) che la *primauté* del diritto comunitario trova conferma nell'art. 189 (ora 249) CE, atteso che «questa disposizione, che non è accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento nazionale che prevalesse sui testi comunitari, ragion per cui «il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità», la Corte costituzionale con le sentenze *Frontini* del 27 dicembre 1973 n. 183³ e *Industrie Chimiche* del 30 ottobre 1975, n. 232⁴, *riconsiderava*

ternazionali rivolte a tale scopo», è la norma in base alla quale è stato identificato il fondamento costituzionale del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale. Il giudizio dei costituzionalisti sull'interpretazione dell'art. 11 non è affatto unanime, sia perché il riferimento alle limitazioni di sovranità non farebbe riferimento al principio della sovranità popolare, sia perché la ricostruzione interpretativa avallata dalla Corte costituzionale realizzerebbe l'introduzione surrettizia di una procedura di revisione costituzionale alternativa a quella unica possibile dell'art. 138 della Costituzione, aggravata dal fatto che tale conseguenza si produrrebbe a favore di un ordinamento caratterizzato da un forte deficit di democraticità. Sul punto vedi A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, loc. cit.

³ In *Foro it.*, 1974, I, c. 314 ss. con commento di MONACO, c. 315 ss. e in questa *Rivista*, 1973, p. 421. Cfr. inoltre i commenti di F. CAPELLI, *L'affermazione del diritto comunitario*, in *Foro Pad.*, 1974, IV, p. 51 ss.; NERI, *Rapports entre le droit communautaire et le droit interne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1974, p. 154 ss.; DE CATERINI, *La Cour Constitutionnelle italienne et le droit communautaire*, in *Cah. dr. eur.*, 1975, p. 122 ss.; LOUIS, *L'ordre juridique communautaire et la Cour Constitutionnelle italienne*, in *Journal des Tribunaux*, 1974, n. 4875, p. 412 ss.

⁴ In *Foro it.*, 1975, I, c. 2661 ss. e in questa *Rivista*, 1975, p. 635 con commento di F. CAPELLI, *Norme nazionali posteriori confliggenti con quelle comunitarie*, p. 640 ss.

la precedente posizione di «chiusura» (sentenza 7 marzo 1964, n. 14), esprimendo la nota tesi «dualista» secondo cui ordinamento nazionale e ordinamento comunitario sono autonomi e distinti pur se coordinati a mezzo di una precisa articolazione di competenze; dove c'è una competenza comunitaria in base al Trattato, lo Stato non ha il potere di adottare norme anche solo applicative o riproduttive del diritto comunitario.

Tuttavia il compromesso suggerito dalla Corte (che per la prima volta ammetteva l'inserimento nel sistema delle fonti del regolamento comunitario sia pur in posizione intermedia tra costituzione e legge ordinaria), non portava ancora all'affermazione di un *potere diretto di disapplicazione* della norma nazionale contrastante con il regolamento da parte del giudice nazionale.

L'ipotesi di conflitto tra regolamento comunitario e norma nazionale posteriore configurava pur sempre, per la Corte, un conflitto di costituzionalità tra legge di adattamento e norma costituzionale fondante il primato del diritto comunitario: quindi una violazione dell'art. 11 della Costituzione, prospettabile *come tale* alla Corte costituzionale da parte del giudice nazionale.

La vera apertura della Corte costituzionale sarebbe giunta solo con la sentenza *Granital* del 1984⁵.

In effetti, la Corte di giustizia, *medio tempore*, aveva reagito in modo assai netto alla posizione della Corte costituzionale, affermando nella sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77 che in virtù della prevalenza del diritto comunitario, qualsiasi giudice nazionale ha [aveva] l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario, tutelando i diritti che da questo vengono attribuiti ai singoli, attraverso la disapplicazione delle disposizioni interne, anteriori o successive, eventualmente contrastanti *in quanto non validamente formate*. Il primato del diritto comunitario e l'effetto diretto sarebbero [stati] incompatibili con una norma o prassi che non avesse consentito al giudice, prima dell'abrogazione della norma in via legislativa o tramite pronuncia della Corte costituzionale, di non applicare (*rectius*: disapplicare) la norma contrastante con il diritto comunitario.

⁵ Corte cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, *Granital c. Amministrazione delle Finanze*, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2062. V. la sentenza in questa *Rivista*, 1984, p. 193 con commento di F. CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti fra norme Cee e leggi nazionali*, p. 204 e M. R. DONNARUMMA, *Sul controllo di compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario*, p. 206; A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla «teoria» della separazione alla «prassi» dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1583; A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, Relazione al seminario su «Diritto comunitario e diritto interno» tenutosi presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, in www.associazioneitaliana-deicostituzionalisti.it.

3. La sentenza *Granital*

La celebre sentenza *Granital* dell'8 giugno 1984, n. 170 riusciva a realizzare una difficile opera di mediazione fra due opzioni (quella monista della Corte di giustizia e quella dualista della Corte costituzionale) apparentemente inconciliabili.

In effetti, la Corte costituzionale non rinunciava alla premessa di fondo della separazione tra ordinamento comunitario e nazionale, in quanto definiva i due sistemi come «autonomi e distinti ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato». Il passo in avanti veniva compiuto, sulla base di una raffinata motivazione, in un'altra direzione: quella dell'individuazione della norma applicabile alla fattispecie concreta.

Per la Corte infatti, una volta partiti dalla premessa dell'effetto diretto delle norme comunitarie, il conflitto tra norma comunitaria e norma nazionale neppure avrebbe potuto ipotizzarsi, essendo una sola (in base al sistema delle competenze) la norma in grado di disciplinare il rapporto e cioè la norma comunitaria. In altri termini, usando le parole della sentenza: «la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto [il regolamento], la quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario».

L'inapplicabilità della norma nazionale alla controversia (in caso di contrasto), rendeva dunque inammissibile per difetto di rilevanza la questione di costituzionalità. D'altro canto, ed anche in tal senso la Corte era estremamente chiara, *la presenza di una norma comunitaria direttamente applicabile non poteva determinare l'invalidità della contrastante norma nazionale*.

Unica verifica che la Corte costituzionale riservava a sé stessa (richiamando i principi già enunciati nella sentenza *Frontini* n. 183/1973), sia pur in linea meramente teorica, era quella relativa alla compatibilità della normativa comunitaria con *i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana*.

L'accordo fra le Corti, era – dunque – realizzato, in nome dell'autonomia/separatezza degli ordinamenti pur fra loro coordinati, e il richiamo all'esistenza di controlimiti appariva salvaguardia sufficiente delle ragioni della sovranità nazionale.

In realtà, alcuni anni più tardi, la Corte costituzionale con l'importante sentenza *Fragd* n. 232 del 1989, non aveva esitato a lanciare un monito ben preciso al giudice comunitario⁶. L'occasione era fornita dalla questione di costituzionalità degli artt. 1 e 2 della legge 14 ottobre 1957, n. 1203, di esecuzione del Trattato di Roma, per contrasto con gli artt. 23, 24 e 41 della Costi-

⁶ Corte cost., sentenza n. 232 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1001 ss. e in questa *Rivista*, 1992, p. 95 ss. con commento di A. CAIOLA, *Una sentenza controversa in tema di rapporti fra diritto interno e ordinamento comunitario con riferimento ai diritti fondamentali*, p. 119 ss.

tuzione, nella parte in cui, recependo nell'ordinamento interno l'art. 177 (ora 234) del Trattato, attribuiscono [attribuivano] alla Corte di giustizia il potere di limitare nel tempo gli effetti delle pronunce pregiudiziali, rese sulla validità di disposizioni regolamentari impositive di prestazioni patrimoniali, escludendo dagli effetti della dichiarazione di invalidità gli atti di esecuzione compiuti in epoca anteriore alla pronuncia, anche se oggetto della stessa controversia che ha dato origine al deferimento della questione pregiudiziale.

La Corte italiana, pur pronunciando l'inammissibilità della questione, non mancava di affermare che una completa irretroattività delle pronunce incidentali dichiarative dell'invalidità di un regolamento comunitario *sarebbe stata incompatibile con il diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale e, pertanto, incostituzionale*, essendo ammissibile, solo, una limitazione degli effetti temporali di tali pronunce.

La Corte dunque giungeva ad ipotizzare (sia pur a livello teorico) un suo possibile intervento – tramite il sindacato sulla legge di esecuzione – su *norme sulla produzione* (artt. 189, e 177 vecchia numerazione) contenute nel Trattato in quanto lesive di diritti inviolabili⁷.

Le conseguenze politiche prima ancora che giuridiche delle affermazioni di principio (in realtà mai applicate ...) contenute nella sentenza erano evidenti.

L'evoluzione successiva, indotta dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale nonché dal processo costituente europeo, avrebbe, tuttavia, ben presto dimostrato, l'ineluttabile precarietà dell'equilibrio faticosamente raggiunto.

L'impianto strutturale della sentenza *Granital* veniva infatti messo in discussione dalla stessa Corte di giustizia che, per arginare le inadempienze degli Stati membri rispetto agli obblighi di trasposizione delle direttive, affermava la diretta applicabilità anche delle direttive precise e incondizionate (*self executing*) e l'obbligo di non applicazione delle leggi interne non solo quando contrastanti con i regolamenti, ma anche con le norme comunitarie dotate di efficacia diretta.

In questo modo, come osservato⁸, l'art. 11 della Costituzione «non riusciva a garantire allo stato membro uno spazio di intervento proprio, come nel caso dei regolamenti, ma serviva piuttosto ad assicurare che fra norme insistenti sullo stesso campo a prevalere fossero quelle di matrice comunitaria». Quindi, dalla prospettiva (della Corte costituzionale) della separazione di competenza tra ordinamento interno e comunitario, si passava fatalmente alla

⁷ Sul punto vedi M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 114.

⁸ M. DANI, *Rapporto tra sistema delle fonti di diritto comunitario e sistema delle fonti di diritto italiano: uno studio alla luce dell'impatto della globalizzazione dell'economia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 1999.

diversa prospettiva (della Corte di giustizia) della gerarchia tra ordinamenti con l'affermazione implicita della preminenza del diritto comunitario.

3.1 Le pronunce della Corte costituzionale sull'applicabilità delle norme comunitarie in materie coperte da riserva di legge e sulle discriminazioni a rovescio

Ancor più complessa ed acrobatica si rivelava negli anni successivi l'operazione della Corte costituzionale rivolta alla graduale maggior apertura al diritto comunitario, in relazione agli effetti indiretti prodotti dal diritto comunitario sul diritto costituzionale di uguaglianza (cosiddette discriminazioni a rovescio).

La Corte doveva infatti conciliare l'impianto dualistico attraverso la contestuale protezione del diritto costituzionale di uguaglianza anche nella sua proiezione comunitaria (principio di non discriminazione nei confronti dei cittadini e imprese italiane).

Le sentenze rilevanti erano la n. 249 del 1995 (lettori di lingua straniera)⁹, la n. 61 del 1996 sui procuratori legali¹⁰ e la n. 443 del 1997 (paste alimentari)¹¹.

In quest'ultima, in cui si controvertava circa la legittimità costituzionale di una norma nazionale che proibiva all'impresa produttrice di paste alimentari l'utilizzazione di ingredienti consentiti a livello comunitario, la Corte osservava che una volta salvaguardato il principio di libera circolazione delle merci ed assicurata, nei rapporti tra Stati, l'attuazione del divieto di restrizioni quantitative all'importazione o di misure di effetto equivalente, gli Stati membri resterebbero [teoricamente] liberi di adottare, unilateralmente, una normativa che, senza toccare i prodotti importati, tenda a migliorare la qualità della produzione nazionale o a mantenerla conforme alle tradizioni alimentari interne, anche oltre quanto necessario per assicurare la tutela della salute umana e degli altri valori che, nel Trattato, fungono da limite al principio di libertà della circolazione delle merci. Un eventuale atteggiamento di tolleranza nei confronti delle "discriminazioni a rovescio" rientrerebbe, insomma, per il diritto comunitario, tra le scelte consentite agli Stati membri, interamente rimesse alla loro libera autodeterminazione di Stati sovrani.

Tuttavia, la Corte, aggiungeva che «il principio di non discriminazione

⁹ In questa *Rivista*, 1996, p. 591 ss. con commento di A. MORANTE, *Il trattamento da riservare ai lettori di lingua madre straniera*, p. 594 ss.

¹⁰ In questa *Rivista*, 1996, p. 601 ss. con commento di A. BARANI, *La Corte costituzionale conferma il limite territoriale imposto ai procuratori legali*, 1996, p. 607 ss.

¹¹ In *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 246 ss. con commento di S. NINATTI, «*La sola alternativa praticabile*»: *eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte costituzionale (nota a Corte Cost., sent. 30 dicembre 1997, n. 443)*, p. 215 ss.

tra imprese che agiscono sullo stesso mercato in rapporto di concorrenza, opera, nella diversità delle discipline nazionali, come istanza di adeguamento del diritto interno ai principi stabiliti nel trattato agli artt. 30 e seguenti; opera, quindi, nel senso di impedire che le imprese nazionali siano gravate di oneri, vincoli e divieti che il legislatore non potrebbe imporre alla produzione comunitaria: il che equivale a dire che nel giudizio di eguaglianza affidato alla Corte non possono essere ignorati gli effetti discriminatori che l'applicazione del diritto comunitario è suscettibile di provocare (...)» e dichiarava perciò l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevedeva che alle imprese aventi stabilimento in Italia è consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, nel territorio della Comunità europea.

La solidità dell'impianto Granital veniva messo a dura prova nella sentenza n. 383 del 1998 (rel. Zagrebelsky) che toccava il quesito cruciale posto da *Fois* circa l'*incidenza del diritto comunitario in materie coperte da riserva di legge*.

La vicenda riguardava la riserva di legge in tema di accesso ai corsi universitari (artt. 33 e 34 della Costituzione) e gli eventuali limiti all'ampiezza del potere di apprezzamento del Ministro dell'Università di ridefinire con una propria disciplina i presupposti per l'accesso limitato. La Corte dopo aver rilevato che «per potersi considerare soddisfatte le finalità alle quali la riserva di legge è preordinata, occorre che l'atto normativo in discussione sia inserito in un contesto di scelte normative sostanziali predeterminate, capace di circoscrivere il potere dell'amministrazione secondo limiti e indirizzi comunque ascrivibili al legislatore» aggiungeva che «Analogo funzione nella composizione di tale contesto, e quindi di delimitazione della discrezionalità dell'amministrazione deve essere riconosciuta alle norme comunitarie dalle quali derivino obblighi per lo Stato incidenti sull'organizzazione degli studi universitari. Ed è principalmente e particolarmente a queste norme che, nella specie, in carenza di un quadro organicamente predisposto dal legislatore nazionale per la disciplina del numero delle iscrizioni ai corsi universitari, deve farsi riferimento».

Per la Corte quindi il primato delle norme comunitarie su quelle nazionali rendeva ammissibile che ogni spazio riservato alla legge potesse essere coperto dalla fonte comunitaria, pur quando fossero in discussione i diritti fondamentali della persona.

In definitiva veniva riconosciuta la piena attitudine delle norme comunitarie a soddisfare le esigenze garantistiche sottese all'istituto della riserva di legge non individuandosi, di contro, come ipotizzato da *Fois*, nella riserva di legge un controlimite all'ingresso della norma comunitaria desumibile dall'essere il principio direttamente collegato a quello della sovranità popolare e quindi principio supremo dell'ordinamento costituzionale.

In controtendenza rispetto all'approccio italiano, il problema delle barriere da considerare invalicabili alla cessione di quote crescenti di sovranità alla Comunità europea era ben presente alla giurisprudenza costituzionale tedesca che nelle sentenze *Solange I* (1974) e *II* (1986) aveva già considerato non comprimibile dalle norme comunitarie il contenuto essenziale dei diritti fondamentali.

Successivamente a queste prime posizioni, inoltre, la sentenza Maastricht-Urteil del 12 ottobre 1993 (decisione sulla legge di ratifica del TUE), aveva posto con forza il problema dei limiti invalicabili delle garanzie formali e procedurali affermando che il principio democratico non impedisce l'adesione a una comunità sovranazionale ma *esige, come condizione alla partecipazione ad essa, che anche all'interno della Unione di Stati sia assicurata una legittimazione popolare e una capacità di influenza del popolo, attraverso le elezioni, sulle decisioni pubbliche.*

4. Gli sviluppi in tema di controlimiti a difesa dei diritti fondamentali, dalla Carta di Nizza al Trattato costituzionale

Nelle more dell'evoluzione giurisprudenziale, in seguito al Trattato di Maastricht (TUE) del 7 febbraio 1992 la tutela dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea trovava un riconoscimento espresso nell'art. 6 che stabilisce[va] al par. 1 che «L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo (...) principi che sono comuni agli Stati membri» e al par. 2: «l'Unione rispetta i diritti fondamentali i quali sono garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri in quanto principi generali del diritto comunitario».

Questa evoluzione, da collegare alla futura solenne proclamazione nel 2000 della *Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, appariva mettere in crisi la teoria dei controlimiti intesi in chiave *meramente difensiva* dei principi supremi e dei diritti fondamentali.

Si apriva una nuova fase in cui, da un lato, la teoria sembrava perdere la sua stessa ragion d'essere ed i suoi spazi, dall'altra, paradossalmente si assisteva all'emersione di nuove esplicite riserve e dubbi che mettevano in discussione lo stesso primato del diritto comunitario.

Quanto al primo aspetto, veniva osservato che, nel momento in cui il medesimo diritto fondamentale era tutelato sia a livello comunitario che a livello costituzionale, solo uno *standard contenutistico più elevato* di protezione a livello di costituzione nazionale avrebbe potuto giustificare misure di resistenza nei confronti della norma comunitaria, in quanto (astrattamente) frutto di una omologazione (verso l'alto ...) dei valori costituzionali comuni degli Stati membri.

Infatti la Carta di Nizza prevedeva all'art. 53 (che diventerà art. II, 133

del Trattato costituzionale) una clausola di salvaguardia secondo cui «nessuna disposizione di questa può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti protetti dalle Costituzioni nazionali (oltre a quelli acclarati nelle Convenzioni internazionali riconosciute dai paesi membri e dalla CEDU del 1950)»; il che conduceva a ritenere la Carta valida solo in *bonam partem*¹².

A detta considerazione veniva però replicato che non esisteva alcun criterio oggettivo che consentisse di individuare con sufficiente certezza (il c.d. decalogo) quali fossero i diritti fondamentali o supremi, comuni degli Stati membri, risultando inappagante sia il criterio letterale che quello procedimentale¹³.

In mancanza di una enunciazione in positivo ogni criterio sarebbe stato aleatorio se non arbitrario, specie in relazione all'opera di necessario bilanciamento fra gli stessi principi o valori fondamentali dello stesso rango costituzionale con un pericolo di arretramento nell'effettività delle garanzie individuali e collettive¹⁴.

Inoltre non veniva sottaciuto il rischio di un sistematico aggiramento del controllo di costituzionalità derivante dalla possibilità per il giudice nazionale di effettuare direttamente un controllo *di compatibilità comunitaria o di convenzionalità*, rispetto non solo a puntuali precetti comunitari ma addirittura a «principi generali dell'ordinamento comunitario»¹⁵.

Del resto, che il problema del primato e dei controlimiti, pur facente parte dell'*acquis* giurisprudenziale, fosse tutt'altro che rimosso ed accantonato è dimostrato dal contenuto dello stesso Trattato costituzionale sottoscritto il 29 ottobre 2004 che all'art. 1-5 – ancor prima del riconoscimento del primato – stabiliva che «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti alla Costituzione e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale». L'art. 6 prevede poi che: «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri».

Come osservato da Celotto in un commento alle norme «ne emerge una visione dinamica della *primauté*, che ammette limiti costituzionali nazionali. Si tratta, in pratica della legittimazione della dottrina dei controlimiti, sia per

¹² A detta conclusione giunge esplicitamente il Tribunale costituzionale spagnolo con la Dichiarazione del 13 dicembre 2004.

¹³ Così A. VIGNUDELLI, da ultimo in *Diritto costituzionale*, cit. *supra*, nota 2.

¹⁴ In particolare U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 264.

¹⁵ A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai vincoli comunitari: una ridefinizione dei confini?*, in *Quad. Cost.*, 2007, p. 335-338.

quel che riguarda i principi supremi degli ordinamenti costituzionali sia per i (maggiori livelli di tutela dei) diritti inviolabili»¹⁶.

Malgrado la mutazione genetica che la teoria dei controlimiti veniva a subire nel Trattato costituzionale, divenendo da *misura meramente difensiva* una *misura propulsiva-dinamica* ed elemento di integrazione fra gli ordinamenti, i timori degli Stati sovrani non erano affatto fugati, anzi sembravano destinati ad assumere maggior consistenza.

Non era quindi casuale che, proprio parallelamente al processo costituente europeo ed all'affermazione esplicita contenuta nel Trattato costituzionale (art. 1-6) del principio del primato, si moltiplicassero (anche in sede di ratifica del Trattato) le prese di posizione da parte dei Tribunali e Corti costituzionali degli Stati membri, a difesa dell'identità costituzionale nazionale¹⁷.

4.1 Segue: L'applicazione dei controlimiti nelle pronunce dei giudici costituzionali degli Stati membri

Le pronunce più significative sono quelle del *Conseil constitutionnel* francese, sentenza 10 giugno 2004, n. 496 e del *Tribunal constitucional* spagnolo, *Déclaration* del 13 dicembre 2004, 1/2004 sulla ratifica del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa.

Il *Conseil constitutionnel* francese con la decisione n. 2004/496 DC ammetteva per la prima volta la specificità del diritto comunitario rispetto al diritto internazionale identificando il fondamento costituzionale rilevante nell'art. 88 comma 1 e comma 2 della Costituzione¹⁸, in base al quale l'obbligo di trasposizione di una direttiva comunitaria deriverebbe da una *exigence constitutionnelle* alla quale non ci si può opporre se non in presenza di una disposizione costituzionale espressa e contraria.

Tuttavia, e questo era un passaggio nuovo, il *Conseil constitutionnel* si riservava il diritto di censurare una legge di trasposizione di una direttiva europea in presenza del c.d. *bloc de constitutionnalité*. Nell'ipotesi di contrasto tra la normativa di trasposizione ed una disposizione specifica della Costituzione il giudice delle leggi si riservava anche la possibilità di accertare, seppur indirettamente, la validità del diritto comunitario. Corollario di tale presa di posi-

¹⁶ A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei controlimiti nel Trattato costituzionale europeo?* in www.forumcostituzionale.it; A. CELOTTO - T. GROPPI, *Primauté e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2004, p. 868-869.

¹⁷ Sul punto R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO, (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001.

¹⁸ Il testo è il seguente: «Art. 88-1. La Repubblica partecipa alle CE e all'UE, costituite da Stati che hanno scelto liberamente, in virtù dei trattati che le hanno istituite, di esercitare in comune alcune delle proprie competenze. Art. 88-2. Sotto riserva di reciprocità e secondo le modalità previste dal Trattato sull'UE firmato il 7 febbraio 1992, la Francia acconsente ai trasferimenti di competenze necessari per l'istituzione dell'UEME, nonché per la determinazione delle norme relative alla liberalizzazione delle frontiere esterne degli stati membri della CE».

zione era che all'esito del conflitto eventuale tra diritto comunitario ed una disposizione costituzionale, secondo il *Conseil constitutionnel* era quest'ultima a dover prevalere¹⁹.

Emblematiche della prepotente riemersione dei controlimiti erano anche le numerose riserve manifestate al recepimento della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo in Polonia e in Germania (Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 27 aprile 2005, P 1/05; *Bundesverfassungsgericht*, 18 luglio 2004, 2BvR 2236/04, *Darkanzali*).

La stessa Corte di giustizia si dimostrava sensibile al problema della tutela dei diritti fondamentali ed ammetteva una contestazione diretta ed immediata delle violazioni degli stessi commesse dalle istituzioni comunitarie innanzi al giudice comunitario in sede di scrutinio di legittimità, e ove chiamata a bilanciare tra diritti fondamentali, come tutelati dalle Costituzioni nazionali, e altre regole primarie comunitarie optava per la tutela dei primi, come nella causa sul falso in bilancio, che vedeva il conflitto tra l'applicazione retroattiva della *lex mitior* e il principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto interno (sentenza del 3 maggio 2005, in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02). Nella sentenza la Corte di giustizia affermava che il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, e dunque fa parte dei principi generali in materia di diritti fondamentali di cui essa assicura l'osservanza e che quindi il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale.

4.2 Segue: L'applicazione dei controlimiti da parte del Consiglio di Stato, sentenza *Federfarma* n. 4207 del 2005

Definita come coraggiosa ed emblematica del nuovo clima creatosi anche in seguito all'esito negativo dei *referendum* sulla ratifica del Trattato costituzionale in Francia e in Olanda è la sentenza con cui il Consiglio di Stato ha per la prima volta applicato in Italia i controlimiti senza ricorrere alla Corte costituzionale²⁰.

Al giudice amministrativo di ultima istanza si proponeva di disapplicare una norma già sottoposta ad uno scrutinio di costituzionalità che ne aveva modificato il contenuto, per presunto contrasto con gli artt. 12, 43 e 56 CE,

¹⁹ Nel 2006, il *Conseil*, con la decisione n. 2006-540 DC del 26 luglio, ha ulteriormente ampliato l'estensione del proprio sindacato di costituzionalità ammettendolo anche nei confronti di una normativa nazionale di trasposizione di norme comunitarie contrastante con qualsiasi regola o principio *inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*. Sull'evoluzione giurisprudenziale francese, più in generale, vedi O. POLLICINO, *Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'Etat in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 895.

²⁰ A. CELOTTO, *I controlimiti presi sul serio*, in www.giustamm.it.

ovvero in subordine di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 CE.

La norma nazionale in contestazione riguardava l'incompatibilità tra la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco. Il divieto era previsto solo per le farmacie private ma la Corte costituzionale con sentenza n. 275 del 2003, osservando che «la mancata previsione per le farmacie comunali di un tale tipo di incompatibilità appare del tutto irragionevole, specie ove si consideri che il divieto in questione è stato posto dal legislatore proprio al fine di evitare eventuali conflitti di interesse, che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute (...)» aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lett. *a.*, della legge n. 362 del 1991, «nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco».

Il Consiglio di Stato sollecitato alla disapplicazione o in alternativa alla proposizione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art. 234 CE, richiamava *in primis* la teoria dei controlimiti secondo cui: «la Corte costituzionale ha seguito inflessibilmente la tesi dualista, fondata sulla separazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: essi, sebbene coordinati e comunicanti, sono ordinamenti autonomi e distinti "secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato (sentenza n. 170 del 1984). In altri termini, nelle materie di loro competenza le fonti comunitarie ricevono diretta applicazione nel territorio italiano, rimanendo del tutto estranee al sistema delle fonti interne: la norma comunitaria, quindi, pur non abrogando né modificando né invalidando la norma interna incompatibile, prevale su di essa «se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile» (stessa sentenza). Si è così pervenuti ad una sorta di "armonia tra diversi", secondo la felice definizione di un illustre giurista, che ha avuto il pregio di garantire la conservazione del nostro ordinamento e con esso della sovranità statale, che, lungi dall'essere assorbita all'interno di una sovranità superiore, risulta essere soltanto limitata, ai sensi dell'art. 11 Cost. (...). In tal modo è stato, ed è, concepibile conservare uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all'influenza del diritto comunitario, uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative. È appunto l'area dei diritti fondamentali, la cui tutela funge da insopprimibile "controlimite" alle limitazioni spontaneamente accettate con il Trattato». Fatta salva ogni possibilità di future pronunce comunitarie sul punto, il Consiglio osserva che «non è consentito che il giudice

nazionale in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente nell'area della tutela dei diritti ad essa riservata. Il Collegio non ignora la tendenza invalsa nel diritto comunitario, e nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, specie dopo la firma del Trattato di Nizza, ad assicurare la salvaguardia dei diritti soggettivi in ambiti sempre più ampi, anche estranei alla vocazione prettamente economica che ha caratterizzato le origini e una larga parte della storia della Comunità e ora dell'Unione. Non è controverso, tuttavia, che si tratti ancora di manifestazioni di valenza quasi sperimentale della aspirazione ad una unione più stretta tra i Paesi membri, che però allo stato non hanno assunto un significato giuridico vincolante, tale da determinare il superamento delle sovranità nazionali e delle loro prerogative costituzionali».

La sentenza del Consiglio di Stato coglieva dunque in pieno l'aspetto problematico denunciato da *Fois* già nel 1990, concernente l'individuazione delle sedi cui affidare il bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti, a fronte di un giudizio di compatibilità comunitaria, involgente non una norma puntuale e precisa, ma un principio comunitario di carattere generale (principio di non discriminazione o di libera circolazione dei capitali).

A fronte di un diritto fondamentale incompressibile (diritto alla salute) la cui tutela era affidata ad una disciplina legislativa, per il Consiglio di Stato solo la Corte costituzionale poteva essere individuata quale sede abilitata al bilanciamento dei valori ed interessi tutelati, né una eventuale pronuncia interpretativa resa dalla Corte di giustizia ex art. 234 CE avrebbe potuto modificare detto quadro dovendo essere il giudizio di proporzionalità e ragionevolezza della scelta legislativa operato alla stregua dell'ordinamento nazionale.

4.3 Una risposta alla sentenza *Köbler*?

La sentenza (alla quale faceva seguito la dura reazione della Commissione che chiedeva formalmente all'Italia di modificare la propria normativa in quanto contrastante con gli artt. 43 e 56 CE) costituiva anche una risposta ben precisa alla Corte di giustizia che, con la nota sentenza *Köbler* del 30 settembre 2003 aveva affermato la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario ad opera del giudice di ultima istanza derivante da una sentenza frutto di una inescusabile violazione del diritto comunitario nell'ipotesi in cui il giudice nazionale avesse omesso di attivare il rinvio pregiudiziale di interpretazione ex art. 234 CE.

Nella sentenza la Corte di giustizia, interrompendo intenzionalmente il parallelismo con l'art. 288 CE, poneva per la prima volta al centro di tutta la

costruzione teorica della responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli *l'art. 234 CE quale norma primaria fondante il dovere del giudice nazionale (specie quello di ultima istanza) di cooperare con la Corte di Giustizia nel garantire ai singoli l'effettività del diritto comunitario*. Infatti la sentenza *Köbler* non si era limitata, come a prima vista sarebbe potuto apparire, ad applicare al potere giurisdizionale quanto già affermato rispetto ad altri poteri sovrani, ma aveva sottolineato l'esistenza di un dovere primario specifico dei giudici nazionali da rintracciare nell'*art. 234 CE*, norma la cui violazione diveniva fondante la costruzione e la giustificazione teorica sulla base del Trattato della responsabilità dello Stato da atti giurisdizionali dei giudici di ultima istanza²¹.

Nella prospettiva della Corte di giustizia, l'attivazione dei controlimiti sia pur in funzione della protezione dei diritti fondamentali ad opera dei giudici nazionali (o peggio ancora la mancata attivazione del rinvio pregiudiziale di interpretazione *ex art. 234 CE*) avrebbe potuto non essere priva di conseguenze, anzi (addirittura), sarebbe stata passibile di una sanzione ben precisa sia in sede nazionale (risarcimento del danno causato al singolo) sia in sede comunitaria (procedura d'infrazione): per questo la sentenza del Consiglio di Stato del 2005 anche sotto detto aspetto (non adeguatamente rilevato), ben poteva definirsi "coraggiosa".

La dottrina non era tuttavia incline ad un avallo acritico di tale clausola di supremazia specie ove il suo approdo ultimo avesse definitivamente suggellato il potere della Corte comunitaria di interpretare i trattati non come contratti tra Stati suscettibili solo di *stretta interpretazione* ma sulla base *del loro spirito*, come norme fondamentali "che danno vita ad una "struttura dell'Unione", che a sua volta funge da canone interpretativo delle norme stesse, anche in senso antiletterale.

Veniva infatti osservato che la Corte di giustizia aveva edificato nel campo *dei diritti umani* un paradigma fondato *non* tanto sull'impostazione storico-comparativa, quanto sull'adozione di una *prospettiva comparatistica critica* quale fondamento della prassi interpretativa dei trattati. In base ad essa non ci si sarebbe dovuti limitare a individuare i minimi comuni denominatori dei sistemi europei ma si sarebbero dovute ricercare le soluzioni più avanzate, cioè quelle meglio adatte alla struttura dell'Unione. Tali soluzioni più adatte alla struttura dell'Unione avrebbero dovuto prevalere anche se diverse da quelle di singoli Stati, ed anche se divergenti da quelle della maggior parte dei singoli Stati. L'antitesi fra la prassi redazionale delle norme europee e la

²¹ Sul punto, C. PINOTTI, *La responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del potere giurisdizionale: prospettive e ricadute nell'ordinamento italiano (riflessioni a margine della sentenza della Corte di giustizia 30 settembre 2003 in causa C-224/01 sul caso Köbler)*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2003, p. 437 e ID., *La responsabilità dello Stato-Giudice per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. Corte conti*, 2006, p. 395.

prassi interpretativa delle norme europee era quindi completa e totale. Essa poggiava, anzi, su una vera contraddizione irrisolta²².

5. Quale futuro per i controlimiti?

Oggi il futuro dei controlimiti appare oggettivamente incerto.

È mutato lo scenario costituzionale italiano con il nuovo art. 117 della Costituzione (che secondo parte della dottrina potrebbe trasformare i problemi di compatibilità comunitaria in problemi di costituzionalità)²³ e la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 103 del 2008 ha attivato per la prima volta il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia²⁴ nell'ambito di un giudizio volto a far dichiarare l'incostituzionalità di una legge regionale (la legge della Regione Sardegna istitutiva di una serie di imposte *sul lusso* solo alle imprese non aventi domicilio fiscale in Sardegna potrebbe costituire un vantaggio selettivo confliggente con il divieto di aiuti di Stato ex art. 87 CE)²⁵.

Ma, soprattutto, sta mutando lo scenario internazionale e comunitario.

Fallito il progetto della Costituzione europea ci si avvia ad una nuova fase inaugurata dal Trattato di Lisbona approvato nel vertice del 13 dicembre 2007 che recepisce alcune importanti novità del Trattato costituzionale.

Il primato del diritto comunitario è stato cancellato dal testo del Trattato modificativo ma, contemporaneamente, una Dichiarazione allegata (n. 17) ha

²² P. L. MONATERI, Intervento al convegno organizzato dalla Scuola Superiore della Pubblica amministrazione «*Profili evolutivi dell'obbligo di corretta interpretazione e applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali e delle pubbliche amministrazioni*», Roma, Avvocatura Generale dello Stato, Sala Vanvitelli, 25 febbraio 2005, in www.foroeuropa.it.

²³ L'art. 117, comma 1, della Costituzione stabilisce che: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». La Corte costituzionale, con la sentenza n. 406 del 2005, ha per la prima volta utilizzato il parametro dell'art. 117, comma 1, per censurare la violazione, da parte di una legge regionale, di una direttiva comunitaria (considerata pertanto norma interposta).

²⁴ La Corte afferma: «Che, quanto alla sussistenza delle condizioni perché questa Corte sollevi davanti alla Corte di giustizia CE questione pregiudiziale sull'interpretazione del diritto comunitario, va osservato che la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell'art. 137, terzo comma, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione): essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE; che, in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia; che conseguentemente, ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE, risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE (...)».

²⁵ Sul ruolo esclusivo che potrebbe avere la Corte costituzionale nell'applicazione dei controlimiti anche quale giudice del rinvio alla Corte di giustizia vedi U. VILLANI, *I controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, II, Sez. III, p. 1297 ss.

ottenuto lo stesso risultato riconfermando che *il diritto dell'Unione prevale sul diritto degli Stati membri*²⁶.

Le competenze, come risulta dal Trattato di riforma, vengono esercitate in base al principio di attribuzione, mantenendo la distinzione tra competenze esclusive e competenze concorrenti. Il Protocollo n. 25²⁷ precisa però che laddove l'Unione agisca in un settore determinato rientrante nella competenza concorrente, «il campo di applicazione di questo esercizio di competenza copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione e non copre pertanto l'intero settore»: di conseguenza la parte rimanente della materia resta nella competenza degli Stati membri.

Infine, l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona (corrispondente all'art. I-9 della Costituzione europea), afferma che i diritti fondamentali, «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Tuttavia, come osservato, le *tradizioni costituzionali comuni* costituiscono il frutto di un'accurata selezione compiuta dalla Corte di giustizia tra i principi fondamentali degli Stati membri e, dunque, *non si presentano come autenticamente "comuni"* agli ordinamenti nazionali (infatti il Trattato tiene distinte le tradizioni dai principi di struttura dei singoli ordinamenti nazionali. Pertanto qualora una disposizione pure espressiva di un diritto fondamentale dovesse entrare in contrasto con una *tradizione costituzionale comune* a prevalere dovrebbe essere la seconda).

Per Randazzo: «è facile scorgere il paradosso che si verifica in una circostanza siffatta; nel contrasto, infatti, tra un diritto fondamentale nazionale e il diritto risultante dalle tradizioni costituzionali comuni, a prevalere dovrebbe essere il primo e non il secondo»²⁸.

Lo scenario che emerge non è dunque dei più chiari. Da un lato, i controllimiti acquistano una nuova dimensione (comunitaria), dall'altro la loro applicazione non è più monopolio della giurisprudenza costituzionale ma viene affidata ai giudici comuni nazionali nel dialogo con la Corte di giustizia²⁹.

²⁶ È allegato un parere del servizio giuridico del Consiglio dove si afferma che «la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario stesso».

²⁷ Così rinumerato nella versione consolidata del Trattato di Lisbona pubblicata in *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008.

²⁸ A. RANDAZZO, *I controllimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁹ Per G. STROZZI, *Limiti e controllimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2009 p. 23 ss., dopo il Trattato di Lisbona la teoria dei controllimiti, viene superata nei fatti da una prospettiva in virtù della quale «il principio fondamentale interno non potrà escludere l'applicazione del diritto comunitario altro che quando "fatto proprio" omologato dalla Corte come principio generale integrato nell'ordinamento comunitario». Per l'Autore in tal modo la disapplicazione non è più frutto della dottrina dei controllimiti interni ma di un limite anche comunitario all'applicazione o anche alla validità stessa della norma comunitaria; del resto, il bilanciamento ben può avvenire tra principi di origine diversa ma ugualmente vigenti in un unico ordinamento integrato.

V'è quindi da chiedersi se e quanto l'effettività della tutela dei diritti fondamentali potrà dirsi garantita dal sistema multilivello che moltiplica i tutori dei diritti (e le sedi del loro bilanciamento) ampliando il rischio di contrasti (Panzera parla con felice espressione di una Babele delle forme di protezione dei diritti)³⁰.

Come si vede, tutti gli interrogativi posti da *Fois* molti anni orsono sono di grande attualità ed ancora in attesa di una risposta definitiva.

Cinthia Pinotti*

³⁰ C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corti costituzionali e Corti europee ad una svolta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, fasc. 1, p. 1 ss.

* Consigliere della Corte dei conti; Professore incaricato di diritto amministrativo I e II / Pontificia Università Lateranense.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

TRASFERIMENTO INTRACOMUNITARIO DELLA SEDE DI UNA SOCIETÀ: CONDIZIONI ALLE QUALI SONO AMMESSE RESTRIZIONI ALLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

Corte di giustizia

Sentenza del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06*

Cartesio Oktató és Szolgáltató bt

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 43 e 48 CE - Società - Libertà di stabilimento - Trasferimento della sede di una società in uno Stato membro diverso da quello della sua costituzione - Richiesta di iscrizione del trasferimento - Diniego - Compatibilità con il diritto comunitario.

Un organo giurisdizionale, come il giudice del rinvio, adito in appello avverso una decisione di un tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese recante rigetto di una domanda di modifica di un'iscrizione figurante nel registro in parola deve essere qualificato come organo giurisdizionale competente a proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE, nonostante il fatto che né la decisione di detto tribunale né l'esame dell'appello da parte del giudice del rinvio intervengano nel contesto di un procedimento in contraddittorio.

Un organo giurisdizionale, come il giudice del rinvio, le cui decisioni adottate nel contesto di una controversia come quella di cui alla causa principale sono ricorribili per cassazione non è qualificabile come organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE.

In presenza di norme di diritto nazionale relative al diritto di appello av-

* In argomento v. *infra*, p. 235 ss., il commento di FABRIZIO VISMARA.

verso una decisione che disponga un rinvio pregiudiziale, caratterizzate dal fatto che l'intera causa principale resta pendente dinanzi al giudice del rinvio, mentre soltanto la decisione di rinvio è oggetto di un appello limitato, l'art. 234, secondo comma, CE deve essere interpretato nel senso che la competenza che tale disposizione del Trattato conferisce a qualsiasi giudice nazionale di disporre un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte non può essere rimessa in discussione dall'applicazione di siffatte norme, che consentono al giudice adito in appello di riformare la decisione che dispone un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte, di rendere privo di effetti detto rinvio e di ordinare al primo giudice di riprendere la trattazione del procedimento nazionale sospeso.

Allo stato attuale del diritto comunitario, gli artt. 43 CE e 48 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro che impedisce ad una società costituita in forza del diritto nazionale di tale Stato membro di trasferire la propria sede in un altro Stato membro conservando al contempo il suo status di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita.

(Omissis) In diritto

Sulla quarta questione

99. Con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se gli artt. 43 CE e 48 CE debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa di uno Stato membro che impedisce a una società costituita a norma del diritto nazionale di detto Stato membro di trasferire la sua sede in un altro Stato membro, mantenendo al contempo il suo *status* giuridico di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita.

100. Dalla decisione di rinvio emerge che la Cartesio, società costituita a norma della legge ungherese, che al momento della sua costituzione aveva stabilito la propria sede in Ungheria, ha trasferito la sede in Italia, ma intende mantenere lo *status* giuridico di società di diritto ungherese.

101. Secondo la legge relativa alla registrazione delle società, la sede di una società di diritto ungherese è il luogo in cui si trova la sua sede direttiva.

102. Il giudice del rinvio espone che la domanda d'iscrizione nel registro delle imprese della modifica relativa alla sede della Cartesio, presentata da quest'ultima, è stata respinta dal tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese in quanto, ai sensi della legislazione ungherese, una società costituita in Ungheria non può, al contempo, trasferire la sua sede, come prevista nella legge in parola, all'estero e continuare ad essere soggetta alla legge ungherese quale legge che ne disciplina lo *status*.

103. Un siffatto trasferimento richiederebbe la previa cessazione della società e la sua ricostituzione in conformità alla legislazione dello Stato nel cui territorio essa intende stabilire la propria nuova sede.

104. A tale riguardo, la Corte ha ricordato, al punto 19 della citata sentenza *Daily Mail and General Trust*, che una società costituita in forza di un ordinamento giuridico nazionale esiste solo in forza della normativa nazionale che ne disciplina la costituzione e il funzionamento.

105. Al punto 20 della medesima sentenza, la Corte ha osservato che le legislazio-

ni degli Stati membri presentano notevoli differenze sia quanto al criterio di collegamento al territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società, sia quanto alla facoltà di una società costituita secondo tale legislazione di modificare in seguito detto criterio di collegamento. Talune legislazioni esigono che non solo la sede sociale, ma anche la sede effettiva, cioè l'amministrazione centrale della società, siano ubicate sul territorio degli Stati membri di cui trattasi, ragion per cui lo spostamento dell'amministrazione centrale al di fuori di tale territorio presuppone lo scioglimento della società, con tutte le conseguenze che ne discendono sotto il profilo del diritto societario. Altre legislazioni riconoscono alle società il diritto di trasferire all'estero la loro amministrazione centrale, ma alcune sottopongono tale diritto ad alcuni limiti e gli effetti giuridici del trasferimento variano da uno Stato membro all'altro.

106. La Corte ha inoltre dichiarato, al punto 21 di detta sentenza, che il Trattato CEE ha tenuto conto di tali differenze fra le legislazioni nazionali. Nel definire, all'art. 58 (divenuto art. 58 del Trattato CE, a sua volta divenuto art. 48 CE), le società che possono godere del diritto di stabilimento, il Trattato CEE ha posto sullo stesso piano la sede sociale, l'amministrazione centrale e il centro d'attività principale come criteri di collegamento.

107. Nella sentenza 5 novembre 2002, causa n. C-208/00, *Überseering* (Raccolta, I, p. 9919, punto 70), la Corte, nel confermare tali considerazioni, ne ha desunto che la facoltà, per una società costituita in conformità alla normativa di uno Stato membro, di trasferire la sua sede, sociale o effettiva, in un altro Stato membro senza perdere la personalità giuridica di cui essa gode nell'ordinamento giuridico dello Stato membro di costituzione e, eventualmente, le modalità di tale trasferimento sono determinate dalla normativa nazionale secondo la quale tale società è stata costituita. Essa ne ha concluso che uno Stato membro ha la possibilità di imporre ad una società costituita in forza del suo ordinamento giuridico restrizioni al trasferimento della sede effettiva di quest'ultima al di fuori del suo territorio affinché tale società possa conservare la personalità giuridica di cui beneficia in base al diritto di questo stesso Stato membro.

108. Si deve d'altronde sottolineare che la Corte è giunta a tale conclusione anche sul fondamento del disposto dell'art. 58 del Trattato CEE. Infatti, definendo in tale norma le società che possono beneficiare del diritto di stabilimento, il Trattato CEE ha considerato la diversità delle legislazioni nazionali relative sia al criterio di collegamento richiesto per le società soggette a dette legislazioni sia alla facoltà e, eventualmente, alle modalità di un trasferimento della sede, sociale o effettiva, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro come una difficoltà lasciata irrisolta dalle norme sul diritto di stabilimento, ma la cui soluzione dev'essere affidata ad iniziative legislative o pattizie non ancora giunte a compimento (v., in tal senso, citate sentenze *Daily Mail and General Trust*, punti 21-23, e *Überseering*, punto 69).

109. Pertanto, conformemente all'art. 48 CE, dal momento che il diritto comunitario non ha fornito un'uniforme definizione delle società autorizzate a beneficiare del diritto di stabilimento in funzione di un unico criterio di collegamento idoneo a determinare il diritto nazionale applicabile a una società, la questione se l'art. 43 CE si applichi a una società che invoca la libertà fondamentale sancita da tale norma – analogamente, d'altronde, a quella se una persona fisica sia un cittadino di uno Stato membro che, a tale titolo, può beneficiare di tale libertà – costituisce una questione preliminare che, allo stato attuale del diritto comunitario, può trovare risposta solo nel diritto nazionale applicabile. Quindi, soltanto qualora risulti che tale società be-

neficia effettivamente della libertà di stabilimento tenuto conto delle condizioni enunciate dall'art. 48 CE occorre accertare se detta società si trovi di fronte a una restrizione di tale libertà ai sensi dell'art. 43 CE.

110. Uno Stato membro dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto *status*. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale *status* qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione.

111. Tuttavia, una siffatta ipotesi di trasferimento della sede di una società costituita a norma della legislazione di uno Stato membro in un altro Stato membro senza cambiamento del diritto cui è soggetta deve essere distinta da quella relativa al trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del diritto nazionale applicabile, ove la società si converte in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita.

112. Infatti, in quest'ultimo caso, la facoltà, richiamata al punto 110 della presente sentenza, lungi dall'implicare una qualsiasi immunità della legislazione nazionale in materia di costituzione e di scioglimento delle società rispetto alle norme del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento, non può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta.

113. Un siffatto ostacolo all'effettiva trasformazione di una società di questo tipo, senza previo scioglimento e previa liquidazione, in una società costituita a norma della legge nazionale dello Stato membro in cui intende trasferirsi costituirebbe una restrizione alla libertà di stabilimento della società interessata che, a meno che non sia giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, è vietata in forza dell'art. 43 CE (v. in tal senso, in particolare, sentenza *CaixaBank France*, cit., punti 11 e 17).

114. Occorre altresì constatare che, dopo le citate sentenze *Daily Mail and General Trust* e *Überseering*, le iniziative legislative e pattizie nel settore del diritto delle società previste, rispettivamente, agli artt. 44, n. 2, lett. g., CE e 293 CE non hanno finora riguardato la disparità tra le legislazioni nazionali rilevata in tali sentenze e quindi non l'hanno ancora abolita.

115. La Commissione sostiene tuttavia che la mancanza di una normativa comunitaria in materia, constatata dalla Corte al punto 23 della citata sentenza *Daily Mail and General Trust*, è stata colmata dalle norme comunitarie sul trasferimento della sede in un altro Stato membro, contenute in testi normativi quali i regolamenti nn. 2137/85 e 2157/2001, relativi, rispettivamente, al GEIE e alla SE, o anche il regolamento (Ce) del Consiglio 22 luglio 2003, n. 1435, relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE) (GUL 207, p. 1), così come dalla normativa ungherese adottata in seguito a tali regolamenti.

116. Essa reputa che tali norme potrebbero o, addirittura, dovrebbero essere applicate *mutatis mutandis* al trasferimento transfrontaliero della sede effettiva di una società costituita a norma del diritto nazionale di uno Stato membro.

117. A questo proposito, occorre constatare che, sebbene tali regolamenti, adot-

tati sul fondamento dell'art. 308 CE, prevedano effettivamente un sistema che consente ai nuovi soggetti giuridici da essi istituiti di trasferire la loro sede sociale e, quindi, anche la loro sede effettiva – dal momento che le due sedi devono essere ubicate nel medesimo Stato membro – in un altro Stato membro senza dar luogo né a uno scioglimento della persona giuridica iniziale né alla creazione di una nuova persona giuridica, un siffatto trasferimento comporta tuttavia necessariamente un mutamento per quanto riguarda il diritto nazionale applicabile al soggetto che lo effettua.

118. Ciò emerge, ad esempio, per una SE, dagli artt. 7-9, n. 1, lett. c., ii., del regolamento n. 2157/2001.

119. Orbene, nella causa principale, la Cartesio intende esclusivamente trasferire la sua sede effettiva dall'Ungheria in Italia, restando al contempo una società di diritto ungherese, e quindi senza cambiamenti per quanto riguarda il diritto nazionale cui è soggetta.

120. Pertanto, l'applicazione *mutatis mutandis* della normativa comunitaria alla quale si riferisce la Commissione, anche supponendo che debba imporsi in caso di trasferimento transfrontaliero della sede di una società soggetta al diritto nazionale di uno Stato membro, non può comunque ottenere l'atteso risultato in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale.

121. Per quanto attiene poi all'incidenza della citata sentenza *SEVIC Systems* sul principio sancito nelle citate sentenze *Daily Mail and General Trust* e *Überseering*, occorre constatare che tali sentenze non affrontano lo stesso problema, cosicché non si può sostenere che la prima abbia precisato la portata delle seconde.

122. Infatti, la causa da cui ha avuto origine la citata sentenza *SEVIC Systems* riguardava il riconoscimento, nello Stato membro di costituzione di una società, di un'operazione di stabilimento mediante fusione transfrontaliera effettuata da tale società in un altro Stato membro, fattispecie fondamentalmente diversa dalla situazione oggetto della causa che ha dato origine alla citata sentenza *Daily Mail and General Trust*. In tal senso, la fattispecie della citata sentenza *SEVIC Systems* è affine a situazioni su cui si sono pronunciate altre sentenze della Corte (v. sentenze 9 marzo 1999, causa n. C-212/97, *Centros*, *Raccolta*, I, p. 1459; *Überseering*, *cit.*, nonché 30 settembre 2003, causa n. C-167/01, *Inspire Art*, *Raccolta*, I, p. 10155).

123. Orbene, in siffatte situazioni, la questione preliminare che sorge non è quella, enunciata al punto 109 della presente sentenza, se la società interessata possa essere considerata come una società avente la nazionalità dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita, ma piuttosto se tale società, di cui è pacifico lo *status* di società di diritto nazionale di uno Stato membro, si trovi o meno di fronte a una restrizione nell'esercizio del suo diritto di stabilimento in un altro Stato membro.

124. In considerazione di quanto sopra esposto, occorre risolvere la quarta questione dichiarando che, allo stato attuale del diritto comunitario, gli artt. 43 CE e 48 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro che impedisce ad una società costituita in forza del diritto nazionale di tale Stato membro di trasferire la propria sede in un altro Stato membro conservando al contempo il suo *status* di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita.

(*Omissis*)

NOTE IN TEMA DI LIBERTÀ DI STABILIMENTO DELLE SOCIETÀ: COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 16 DICEMBRE 2008 IN CAUSA N. C-210/06 (IL CASO *CARTESIO*)

Sommario: 1. *La sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06* - 2. *Aspetti problematici ed evoluzione della libertà di stabilimento delle società nella giurisprudenza comunitaria* - 3. *Profili di interesse nella pronuncia in commento.*

1. La sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06

La pronuncia della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008, resa in causa n. C-210/06, si segnala per alcune interessanti affermazioni in materia di libertà di stabilimento primario delle società¹. La questione, sottoposta in via pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della Corte d'appello di Szeged (Ungheria), attiene all'interpretazione degli artt. 43 e 48 CE. Nella controversia *a quo* una società di persone di diritto ungherese, determinatasi a trasferire in Italia la sede operativa, pur mantenendo in Ungheria la sede legale ed al fine di restare sottoposta alla legge d'origine, si era rivolta all'autorità locale. Il tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese, a cui detta società aveva presentato richiesta di iscrizione del trasferimento, mediante decisione 24 gennaio 2006 aveva rigettato la domanda sulla base del fatto che la legge ungherese non consente a una società costituita secondo la legge nazionale

¹ Sulla libertà di stabilimento delle società cfr. M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. Strozzi (a cura di), *Manuale di diritto dell'Unione europea – Parte speciale*, Torino, Cedam, 2005; G. CONTALDI *Artt. 43-48 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 383 ss.; E. WYMEERSCH, *The transfer of company's seat in European company law*, *CMLR*, 2003, p. 661 ss.; V. SALVATORE, *Artt. 43-45 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 266 ss.; H. XANTHAKI, *The right of legal persons to establish within the EU: an overview*, in *Riv. dir. eur.*, 1996, p. 641 ss.; G. MARENCO, *The notion of restriction on the Freedom of Establishment and Provision of Services in Case-Law of the Court*, in *Yearbook Eur. Law*, 1991, p. 111 ss. Sui profili fiscali connessi alla libertà di stabilimento cfr. J. P. MAUBLANC, *Liberté d'établissement et fiscalité; la rigueur de la jurisprudence communautaire*, *RMCUE*, 2000, p. 703 ss.

di trasferire la sua sede all'estero continuando ad essere soggetta alla normativa ungherese quale legge regolatrice. Avendo la società impugnato tale decisione dinanzi alla Corte d'appello di Szeged, deducendo come la normativa locale fosse in contrasto con gli artt. 43 e 48 CE, questa si era rivolta alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 CE. Dei vari quesiti proposti, il quarto veniva a focalizzarsi sulla libertà di stabilimento delle società. Si chiedeva di accertare se il trasferimento all'estero della sede di una società iscritta nel locale registro delle imprese fosse materia disciplinata dal diritto comunitario o si risolvesse in una situazione puramente interna²; di conseguenza, si domandava se, ritenuti applicabili alla fattispecie gli artt. 43 e 48 CE, un tale trasferimento potesse essere assoggettato a condizioni o autorizzazioni dallo Stato membro di origine o dallo Stato membro ospitante e se, rispetto a tali previsioni del Trattato CE, fossero incompatibili normative o prassi nazionali che effettuino una distinzione, in materia di esercizio dei diritti relativi a società commerciali, in funzione dello Stato membro in cui è stabilita la sede della società. Si domandava inoltre se dette normative o prassi fossero incompatibili con il diritto comunitario laddove impediscono ad una società dello Stato membro interessato di trasferire la propria sede in un altro Stato membro. A questo riguardo, benché nelle conclusioni richiami l'orientamento già espresso nel *leading case Daily Mail*³, la Corte di giustizia pone la distinzione, come emerge nelle pagine che seguono, tra trasferimento della sede di società che implichi il cambiamento della *lex societatis* e trasferimento privo di tale implicazione.

² Va ricordato che le previsioni del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento sono soggette al limite dei rapporti puramente interni. In argomento, cfr., per tutti, R. PAPADOPOULOU, *Situations purement internes et droit communautaire: un instrument jurisprudentielle à double fonction ou une arme à double tranchant?*, in *Cah. dr. eur.*, 2002, p. 95 ss.

³ Come è noto, nella sentenza del 27 settembre 1988 in causa n. C-81/87, la Corte di giustizia ha statuito che il Trattato CE considera la disparità delle normative nazionali relative al criterio di collegamento imposto alle società costituite a norma delle loro leggi come pure la possibilità e, eventualmente, le modalità del trasferimento della sede, legale o reale, delle società stesse da uno Stato membro ad un altro come problemi che non sono risolti dalle norme relative al diritto di stabilimento, ma che devono esserlo da leggi o convenzioni, le quali tuttavia ancora non esistono. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che le inerenti previsioni del Trattato CE devono essere interpretate nel senso che, allo stato attuale del diritto comunitario, non attribuiscono affatto alla società costituita secondo le leggi di uno Stato membro ed avente nello stesso la sede legale il diritto di trasferire in un altro Stato membro la sede della direzione. Su tale pronuncia si vedano T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003 p. 669 SS.; F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CEE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in questa Rivista, 1990, p. 50 ss.; J. VAN HOORN JR., *Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. prat. Trib.*, 1989, p. 377-383; C. M. SCHMITTHOFF, *Daily Mail Loses in the European Court*, in *The Journal of Business Law*, 1988, p. 454 ss.; S. VAN THIEL, *Daily Mail Case. Tax Planning and the European Right of Establishment. A Setback*, in *European Taxation*, 1988, p. 357 ss. In argomento si vedano inoltre A. BARONE, *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere*, in *Riv. not.*, 2002, I, p. 89-102; F. M. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 559-579.

2. Aspetti problematici ed evoluzione della libertà di stabilimento primario delle società nella giurisprudenza comunitaria

Come è noto, sul piano giurisprudenziale, la premessa da cui si muove in materia di diritto di stabilimento primario delle società è costituita dalla duplice constatazione che si tratta di enti creati da un ordinamento giuridico nazionale, che ne disciplina costituzione e funzionamento, e che le regole relative tanto al criterio di collegamento al territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società, tanto alla facoltà di una società costituita secondo la legislazione nazionale di modificare tale criterio di collegamento presentano notevoli differenze nelle legislazioni degli Stati membri⁴. Sulla base di tale premessa, la Corte di giustizia ha assunto l'orientamento per cui, sulla base del Trattato CE, la facoltà e la modalità di trasferimento della sede di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro «costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative e pattizie»⁵.

A fronte di tale posizione iniziale, si sono delineate, nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, alcune aperture verso una sempre più incisiva realizzazione della libertà di stabilimento. Si è innanzitutto affermato che la piena applicazione della libertà di stabilimento deve essere riconosciuta anche nel caso in cui l'intera operatività di una società, costituita secondo la legislazione di uno Stato membro, venga di fatto trasferita in altro Stato membro con l'ausilio di una sede secondaria ivi costituita. Nella sentenza del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97⁶, la Corte di giustizia, nel ribadire che uno

⁴ Differenze che l'art. 48 CE ha tenuto in considerazione nel definire le società che possono godere del diritto di stabilimento, sicché ha posto sullo stesso piano la sede sociale, l'amministrazione centrale ed il centro d'attività principale come criteri di collegamento. Per una sintetica disamina della giurisprudenza comunitaria rilevante in materia di diritto di stabilimento delle società cfr. M. CASSOTTANA - A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, 2^a ed., Torino, Giapichelli, 2006, p. 19 ss.

⁵ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. C-81/87, *cit. supra*, nota 3. Per rilievi critici sulla sentenza nel caso *Daily Mail* cfr. A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 79-85. Per un esame della giurisprudenza comunitaria cfr. S. FERRARIS, *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società*, in questa *Rivista*, 2006, p. 717 ss.

⁶ Cfr. *Raccolta*, 1999, I, p. 1459 ss. In argomento cfr. M. COLANGELO, *Da Centros a Inspire Art. Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2003, p. 1220 ss.; T. BALLARINO, *From Centros to Überseering*, in *Year. Priv. Int. Law*, 2002, p. 203 ss.; F. MUNARI - P. TERRILE, *The Centros Case and the Rise of and EC Market for Corporate Law*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 1 ss.; M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso "Centros"*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss.; S. FORTUNATO, *La libertà di stabilimento delle società in una recente sentenza della Corte di giustizia: il caso CENTROS*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 83 ss.; A. DELLA CHÀ, *Companies, right of establishment and the Centros judgement of the European Court of Justice*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 925 ss. Sui relativi profili fiscali cfr. C. ROTONDARO, *Alcune implicazioni della sentenza Centros ovvero sulla compatibilità dell'istituendo regime CFC italiano con il diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2001, I, p. 387 ss.; K. EICKER, *In the Centros Case the ECJ Delivered a Decision with Far-reaching Implications for Company Law and Tax*

Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni suoi cittadini possano sottrarsi all'applicazione delle leggi nazionali, così avvalendosi abusivamente del diritto comunitario⁷, ha osservato come sia in contrasto con il diritto comunitario il diniego, da parte di uno Stato membro, di registrazione della succursale costituita in conformità al diritto di un altro Stato membro nel quale essa ha sede in ragione del fatto che la succursale sia destinata a consentire lo svolgimento dell'intera attività nello Stato di accoglienza (fermo restando che non è escluso che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure per prevenire o sanzionare frodi).

In una successiva pronuncia, la Corte di giustizia ha messo in luce come limitazioni alla libertà di stabilimento, riconosciuta a società costituite secondo la legge di uno Stato membro, non possano essere introdotte da altro Stato membro sulla base di una diversa qualificazione della nozione di sede. Più precisamente, nella sentenza del 5 novembre 2002 in causa n. C-208/00⁸, la Corte ha preso in considerazione il caso di una società che, validamente costituita in un primo Stato membro dove aveva la sede sociale, era stata considerata, in forza del diritto di un secondo Stato membro, come se avesse trasferito la sua sede effettiva in tale Stato in seguito alla cessione di tutte le sue quote sociali a cittadini di detto Stato che vi risiedono. Dandosi tuttavia atto che l'esercizio della libertà di stabilimento da parte delle società presuppone necessariamente il riconoscimento delle stesse da parte di ogni Stato membro nel quale esse intendono stabilirsi, in tale pronuncia si evidenzia come da ciò non possano derivare limitazioni alla capacità giuridica della società nel caso in cui lo Stato di stabilimento abbia ritenuto trasferita presso di sé la sede effettiva. In altri termini, la Corte di giustizia ha escluso che si possa riconoscere agli Stati membri la facoltà di subordinare al rispetto del loro diritto nazionale delle società l'esercizio effettivo, nel loro territorio, della libertà di stabilimento da parte di società, validamente costituite in altri Stati membri, relativamente alle quali ritengano sia intervenuto il trasferimento della sede in detto territorio.

I contenuti della libertà di stabilimento vengono ad articolarsi nella giurisprudenza della Corte di giustizia anche con riguardo alle vicende di riorganizzazione societaria, essendo condiviso che la libertà di stabilimento delle società possa manifestarsi anche mediante operazioni di ristrutturazione, quali

Law, in *Intertax*, 1999, p. 391 ss. In argomento si veda anche E. OLIVIERI, *Presupposti, condizioni e limiti dell'esercizio del diritto di stabilimento da parte della società ai sensi degli articoli 52-58 del Trattato istitutivo della Comunità europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, p. 1228 ss.

⁷ Si veda la giurisprudenza della Corte di giustizia di cui al par. 24 della sentenza *cit. supra*, nota 6.

⁸ Si veda *Guce* n. C 323 del 21 dicembre 2002, p. 12 ss. In relazione a tale pronuncia della Corte cfr. T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, *cit. supra*, nota 3, p. 669 ss.

le fusioni, siano esse fusioni vere e proprie o per incorporazione. In questa prospettiva, viene a configurare una restrizione alla libertà di stabilimento anche il rifiuto, opposto dalle autorità di uno Stato membro, di iscrivere nel registro delle imprese la fusione per scioglimento senza liquidazione di una società e trasmissione universale del patrimonio di quest'ultima ad altra società, in quanto una delle società coinvolte ha sede in altro Stato membro⁹. L'attenzione a tale profilo è del resto palesata dal legislatore comunitario, come può ricavarsi dalla disciplina della direttiva n. 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali¹⁰, emanata sulla base dell'art. 44 CE, in relazione alla realizzazione della libertà di stabilimento. Lo stesso è a dirsi con riguardo alla Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2009 recante raccomandazioni alla Commissione sul trasferimento transfrontaliero della sede sociale di una società, del 29 gennaio 2009¹¹, in cui, sulla duplice considerazione che la migrazione transfrontaliera delle società è uno degli elementi cruciali del completamento del mercato interno e che il trasferimento transfrontaliero della sede legale di una società non dovrebbe dar luogo alla sua liquidazione né a qualsiasi altra interruzione o perdita della personalità giuridica, si chiede alla Commissione di presentare, sulla base dell'art. 44 CE, una proposta di direttiva che stabilisca «misure di coordinamento della legislazione nazionale degli Stati membri, al fine di facilitare il trasferimento transfrontaliero all'interno della Comunità della sede legale di una società costituita conformemente alla legislazione di uno Stato membro».

3. Profili di interesse nella pronuncia in commento

Nella pronuncia del 16 dicembre 2008 nel caso *Cartesio* la Corte di giustizia rileva come debbano mantenersi distinte due ipotesi, ovvero il caso in cui una società costituita a norma della legge di uno Stato membro decida di trasferire la sua sede in altro Stato membro senza il cambiamento del diritto cui è soggetta ed il caso in cui una società, costituita a norma della legge di

⁹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2005 in causa n. C-411/03, in *Raccolta*, 2005, I, p. 10805. In argomento si veda F. CAPELLI, *Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux et l'arrêt SEVIC de la Cour de justice*, *RMCUE*, 2007, p. 458 ss.; S. CRESPI, *Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di giustizia: Il caso Sevic*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 345 ss.; F. M. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 417 ss.; P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE in Germania*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, p. 479 ss.; Si veda anche C. LICINI, *Libertà di stabilimento comunitaria in un caso di fusione transfrontaliera*, in *Riv. not.*, 2006, p. 128 ss.

¹⁰ Si veda il recente provvedimento di attuazione, ovvero il dlgs n. 108, del 30 maggio 2008, in *Guri* n. 140 del 17 giugno 2008.

¹¹ Cfr. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0086+0+DOC+XML+V0//IT#top>.

uno Stato membro, decida di trasferire la sua sede in altro Stato membro con il cambiamento del diritto cui è soggetta. Nel pensiero della Corte il trasferimento della sede principale della società in un altro Stato membro, unitamente alla conversione della società in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui avviene il trasferimento, non può essere ostacolato dalla normativa dello Stato di origine, che imponga lo scioglimento della società. Ciò a condizione che eventuali restrizioni in tal senso non siano giustificate da ragioni imperative di interesse pubblico¹², tra cui la tutela dei creditori della società, dei soci di minoranza e dei lavoratori¹³, nonché la tutela dell'efficacia dei controlli fiscali e della lealtà dei rapporti commerciali¹⁴.

Tale distinzione è connessa alla diversità di criteri di collegamento previsti dalle legislazioni nazionali in materia, ricorrendo al riguardo la nota distinzione tra teoria dell'incorporazione e teoria della sede reale¹⁵. Come infatti osserva la Corte di giustizia nel caso *Daily Mail*¹⁶, talune legislazioni esigono che non solo la sede legale ma anche la sede reale, cioè l'amministrazione centrale della società, siano ubicate sul loro territorio, sicché lo spostamento dell'amministrazione centrale da tale territorio presuppone lo scioglimento della società con tutte le conseguenze che ne discendono sotto il profilo del diritto delle società e del diritto fiscale; altre legislazioni riconoscono invece alle società il diritto di trasferire all'estero la loro amministrazione centrale, ma alcune sottopongono detto diritto ad alcuni limiti e gli effetti giuridici del trasferimento variano da uno Stato membro all'altro, in special modo sul piano fiscale.

Viene osservato che negli ordinamenti dove si ricorre alla teoria dell'incorporazione il trasferimento della sede della società non rappresenta un problema dal punto di vista giuridico, stante che la società rimane soggetta alla legge dello Stato in cui si è incorporata ed ha la sua sede sociale¹⁷. Il tema riguarda altresì il coordinamento tra legge dello Stato di origine e legge dello

¹² Osserva nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale Poiares Maduro che una restrizione del genere potrebbe tuttavia essere giustificata in base a motivi di interesse pubblico, come la prevenzione di abusi o comportamenti fraudolenti, o la tutela degli interessi, ad esempio, dei creditori, degli azionisti di minoranza, dei dipendenti o delle autorità fiscali. Nel caso in esame, tuttavia, secondo l'Avvocato Generale la legge ungherese impediva completamente il trasferimento della sede operativa di una società ungherese in un altro Stato membro senza motivi giustificativi, risultando incompatibile con il principio di libertà di stabilimento.

¹³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002 in causa n. C-208/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9919 ss.

¹⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-167/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10155 ss.

¹⁵ Per una disamina di tali criteri adottati dalle legislazioni nazionali cfr. E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 729 ss. In argomento cfr. anche M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 571.

¹⁶ Cfr. *supra*, nota 3.

¹⁷ Cfr. E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società*, *loc. cit.*, p. 729.

Stato di destinazione. Al riguardo può richiamarsi la distinzione, tracciata dalla dottrina alla luce dell'art. 25, comma 3, l. n. 218/95¹⁸, relativa a trasferimenti di sede sociale all'estero che assicurano la continuità societaria e trasferimenti che non l'assicurano. Nel primo caso, qualora gli ordinamenti in rilievo, ovvero anche solo uno di essi, non consentano ai membri di una formazione sociale costituita nel proprio ambito di trasferire in altro Stato la sede statutaria, l'operazione potrà dar luogo allo scioglimento dell'ente originario ed all'incorporazione di una nuova fattispecie societaria nel Paese ospitante, ovvero all'esistenza di due enti distinti nel caso in cui non venga imposta l'estinzione della società preesistente nell'ordinamento di partenza, ma si richieda una costituzione *ex novo* nel Paese di destinazione. Nel secondo caso, il trasferimento, ritenuto ammissibile dalle leggi degli Stati interessati, si configurerà come una modificazione statutaria e dovrà avvenire con le modalità previste dalla *lex societatis*, quale individuata dall'art. 25, comma 1, l. n. 218/95 e nel rispetto delle prescrizioni dello Stato ospitante, specie con riferimento alla materia della pubblicità¹⁹.

Circa l'ammissibilità dello spostamento della sede statutaria in altro Stato può richiamarsi l'art. 2437 c.c., che prevede il diritto di recesso dei soci delle società per azioni, tra l'altro, nel caso di trasferimento della sede sociale all'estero²⁰. In relazione a tale previsione, nonché alla luce dell'art. 25, comma 3, l. n. 218/95, la giurisprudenza ritiene debba escludersi che il trasferimento della sede sociale all'estero faccia venir meno la «continuità» giuridica della società trasferita quando la legge applicabile nella nuova sede concordi

¹⁸ In relazione a tale previsione, anche per riferimenti bibliografici, si rinvia a S. TONOLO, *Art. 25 Società ed altri enti*, in G. CONETTI - S. TONOLO - F. VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, Giappichelli, 2^a ed., 2009, p. 85 ss. Si veda inoltre M. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, p. 205 ss. nonché ID., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 39 ss., osservandosi (cfr. p. 96) come la previsione di cui all'art. 25, comma 3, l. n. 218/95, costituisca una norma di diritto internazionale privato "materiale", che limita la portata del richiamo internazionaleprivatistico.

¹⁹ Cfr. R. LUZZATTO - C. AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, Torino, Utet, 1997, p. 154.

²⁰ Sul trasferimento della sede sociale all'estero cfr. G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie: il trasferimento all'estero o dall'estero della sede*, in *Corr. Trib.*, 2008, p. 3581 ss.; M. SPIOTTA, *Trasferimento della sede sociale all'estero: brevi note fra vecchio e nuovo diritto fallimentare*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1699 ss.; S. PATRIARCA, *Effetti del trasferimento della sede sociale all'estero sullo statuto personale della società e fallimento*, in *Banca, borsa, e tit. cred.*, 2006, p. 553 ss.; A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 755 ss.; F. CAVALLARO, *Il trasferimento della sede sociale all'estero tra norma civilistica e disciplina fiscale in Dir. fall. soc. comm.*, 2005, p. 951-975. Sulla tassatività delle ipotesi previste dall'art. 2437 c.c. cfr. Cass., 28 ottobre 1980, n. 5790, secondo cui il diritto di recesso del socio che l'art. 2437 c.c., dettato per le società per azioni ed applicabile anche alle società cooperative, prevede per il caso di deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, ovvero il trasferimento della sede sociale all'estero, integra una eccezione al principio generale dell'obbligatorietà, per tutti i soci, delle deliberazioni assembleari prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, e, pertanto, non è suscettibile di estensione ad ipotesi diverse da quelle espressamente contemplate.

con il determinarsi di tale effetto²¹. Tale profilo è stato ampiamente esaminato in Cass., sez. un., ord. 23 gennaio 2004, n. 1244, sulla premessa che non sussiste alcun dubbio sull'astratta ammissibilità del trasferimento di sede di una società in un altro Stato, posto che esso, già previsto dall'art. 2369, quarto comma (in tema di seconda convocazione), e dall'art. 2437, comma 1 (riguardante il diritto di recesso), cod. civ., è ormai espressamente contemplato dall'art. 25, comma 3, l. n. 218 del 31 maggio 1995²². Ad ulteriore chiarimento della nozione di «continuità» giuridica della società trasferita, viene precisato come gli effetti del trasferimento della sede all'estero sono determinati anche dalla legge dello Stato in cui si stabilisce la nuova sede, sicché esso ha efficacia, come continuità del soggetto giuridico, soltanto se, essendo stato posto in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati, questi concordino sugli effetti da attribuire alla vicenda societaria. Ciò non è quindi configurabile, secondo la citata giurisprudenza, nel caso di trasferimento della sede statutaria e di quella amministrativa, cui consegua, con il venir meno dello statuto personale italiano, la perdita della nazionalità italiana e l'assunzione della nazionalità (alla stregua del principio della sede) del Paese in cui avviene il trasferimento: in tale ipotesi la società, come ente societario italiano, verrebbe, infatti, meno e la società costituita all'estero sarebbe assoggettata esclusivamente alla nuova *lex societatis*²³.

Va considerato come nella sentenza *Daily Mail* del 27 settembre 1988, dove pure si osservava come non potesse evincersi dalla normativa comunitaria l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in altro Stato membro «pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite», si prendeva atto del fatto che, in base a talune legislazioni nazionali, lo spostamento dell'amministrazione centrale dal territorio di uno Stato membro all'altro «presuppone lo scioglimento della società, con tutte le relative conseguenze sul piano societario e fiscale».

²¹ Cfr. Cass., 28 settembre 2005, n. 18944.

²² Nel caso di specie, al trasferimento della sede sociale statutaria e amministrativa da parte di una società a responsabilità limitata da Roma a Lussemburgo era conseguita, previa cancellazione della società dal registro delle imprese in Italia, la costituzione *ex novo* (con l'adeguamento dello statuto alla legislazione lussemburghese) nel Granducato del Lussemburgo di una *société à responsabilité limitée*, essendo stato peraltro trasferito all'estero anche l'oggetto principale dell'impresa ed avendo la società assunto, a seguito del trasferimento, la nazionalità di diritto lussemburghese. In relazione a tale ordinanza di Cass., sez. un., cfr. F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte speciale*, Torino, Utet, 2^a ed., 2006, p. 50.

²³ Sotto il profilo comunitario, si osserva nella richiamata pronuncia delle Sezioni Unite, attraverso un richiamo alla giurisprudenza *Daily Mail*, che la soluzione prospettata non è validamente contrastata dai riferimenti della ricorrente agli artt. 43 e 48 CE, posto che, nell'ipotesi esaminata, non viene in considerazione il diritto di stabilimento consacrato nel Trattato istitutivo della Comunità europea, ma la vicenda relativa all'estinzione di un ente, che è regolata dal diritto nazionale, essendo tuttora rimessi alla competenza delle singole legislazioni statali l'esistenza e il funzionamento delle società, ed anche i requisiti e le modalità necessarie per modificare il luogo di situazione della sede sociale.

Nel ribadire il principio già enunciato nel caso *Daily Mail*, la Corte di giustizia prospetta nella pronuncia in commento l'ipotesi di un trasferimento della sede principale della società da uno Stato membro all'altro congiuntamente ad una trasformazione della società, che da ente esistente in forza della legge dello Stato di origine diviene ente esistente in forza della legge dello Stato in cui trasferisce la sede principale. Si ricorre così alla distinzione tra le due ipotesi sopra citate, evidenziando come il trasferimento della sede di una società costituita a norma della legislazione di uno Stato membro in un altro Stato membro «senza cambiamento del diritto cui è soggetta» deve essere distinto dal trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del diritto nazionale applicabile, qualora la società si converta in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita.

Il principio per cui uno Stato membro ha la facoltà di definire il criterio di collegamento che condiziona l'attribuzione della nazionalità dello Stato stesso ad una società ed il suo corollario, consistente nel fatto che lo Stato membro ha la facoltà di non consentire ad una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale condizione qualora intenda trasferire la sede in altro Stato membro sopprimendo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione, non può quindi giustificare, secondo il pensiero della Corte, che detto Stato membro «imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta»²⁴. Un ostacolo alla trasformazione o alla conversione della società da ente soggetto alla legge dello Stato di origine ad ente soggetto alla legge dello Stato di trasferimento, quale viene ad essere l'imposizione del previo scioglimento e liquidazione, può quindi costituire una limitazione della libertà di stabilimento vietata ai sensi dell'art. 43 CE²⁵.

Conclusivamente, restrizioni alla libertà di stabilimento possono essere ammesse nel caso in cui una società si determini al trasferimento della sede all'estero, pur volendo mantenere la continuità giuridica, ovvero essere soggetta alla *lex societatis* originaria, posto che gli Stati membri dispongono della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto affinché una società possa ritenersi costituita ai sensi del diritto nazionale (e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento), sia quello necessario per conti-

²⁴ Nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale rileva che, malgrado il fatto che le società esistono solo in forza delle leggi nazionali e che siano state adottate norme sulla loro costituzione profondamente diverse negli Stati membri, questi ultimi non godono di una assoluta libertà di determinare le norme relative alle società costituite a norma della loro legge nazionale, a prescindere dalle conseguenze per la libertà di stabilimento.

²⁵ Ciò, salvo la sussistenza di ragioni imperative di interesse pubblico. Cfr. in proposito *supra*, note 12, 13 e 14.

nuare a mantenere tale condizione²⁶. Tuttavia, viene a riconoscersi la possibilità del trasferimento all'estero della sede senza continuità della *lex societatis*, attraverso una sorta di conversione del diritto applicabile, consistente nell'acquisizione della medesima capacità secondo la legge dello Stato di destinazione. E ciò senza che possa imporsi, da parte della legge dello Stato di origine, una procedura di scioglimento o liquidazione e fermo restando che il diritto dello Stato di trasferimento deve consentire la costituzione nel proprio ordinamento, il che dovrebbe essere nel caso in cui la società abbia le caratteristiche previste dalla nuova legge²⁷.

La soluzione proposta, come osserva peraltro l'Avvocato Generale²⁸, appare vantaggiosa specialmente per le società di piccole e medie dimensioni, per le quali un trasferimento intracomunitario di sede operativa può essere una forma semplice ed efficace di avvio di attività economiche in un altro Stato membro senza dover far fronte ai costi e agli oneri amministrativi inerenti al fatto di dover prima sciogliere la società nel loro paese di origine e poi di doverla ricostituire completamente nel nuovo Stato membro, oltre al fatto che il processo di scioglimento di una società in uno Stato membro e di sua successiva ricostituzione a norma della legge di un altro Stato membro può richiedere molto tempo, durante il quale alla società in questione può essere del tutto impedito operare.

Fabrizio Vismara*

²⁶ Si precisa al riguardo nella sentenza in commento che tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale *status* qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione.

²⁷ La circostanza per cui un obbligo di ricostituzione della società trasferita in altro Stato membro sia in contrasto con il diritto comunitario risulta già rilevata nella citata sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002 (cfr. *supra*, nota 8), dove si osserva, ai punti 80 e 81, che «la Überseering, regolarmente costituita nei Paesi Bassi dove ha la sua sede sociale, deriva dagli artt. 43 CE e 48 CE il diritto di esercitare la sua attività di stabilimento in Germania come società di diritto dei Paesi Bassi. Poco importa a tal riguardo che, successivamente alla costituzione di questa società, la totalità del suo capitale sia stata acquisita da cittadini tedeschi residenti in Germania in quanto tale circostanza non sembra averle fatto perdere la personalità giuridica di cui essa gode nell'ordinamento giuridico dei Paesi Bassi. In altri termini, la sua esistenza stessa è consustanziale alla sua qualità di società di diritto dei Paesi Bassi in quanto, come è stato ricordato, una società esiste solo in forza della normativa nazionale che ne disciplina la costituzione e il funzionamento», concludendosi nel senso che «il requisito della ricostituzione della stessa società in Germania equivale pertanto alla negazione stessa della libertà di stabilimento».

²⁸ Per riferimenti alle conclusioni dell'Avvocato Generale in relazione alla sentenza in commento cfr. T. O'SHEA, *Hungarian Tax Rule Violates EC Treaty*, *Advocate General Says*, in *Tax Notes International*, 2008 p. 394 ss.

* Professore associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi dell'Insubria.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 2001/18/CE SUGLI ORGANISMI GENETICAMENTE MODIFICATI

Corte di giustizia

Sentenza del 17 febbraio 2009 in causa n. C-552/07

Commune de Sausheim c. Pierre Azelvandre

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2001/18/Ce - Emissione deliberata di organismi geneticamente modificati - Sito dell'emissione - Riservatezza - Definizione di luogo di emissione di organismi geneticamente modificati - Giustificazioni di ordine pubblico per rifiutare la divulgazione di tali informazioni - Principio di precauzione - Diritto ad essere informati.

Il «sito dell'emissione», ai sensi dell'art. 25, n. 4, primo trattino, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2001, n. 2001/18/Ce, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva del Consiglio n. 90/220/Cee, è determinato da qualsiasi informazione, relativa all'ubicazione dell'emissione, fornita dal notificante alle autorità competenti dello Stato membro sul cui territorio deve avvenire l'emissione nel contesto delle procedure di cui agli artt. 6-8, 13, 17, 20 o 23 della medesima direttiva¹.

Non si può opporre alla comunicazione delle informazioni indicate nell'art. 25, n. 4, della direttiva n. 2001/18/Ce una riserva relativa alla protezione dell'ordine pubblico o di altri interessi tutelati dalla legge².

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹⁻² La direttiva n. 90/220/Cee (in *Guce* n. L 117 del 1990, p. 15), sottoposta all'interpretazione con la domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dal giudice del rinvio, è stata abrogata e sostituita dalla direttiva n. 2001/18/Ce (in *Guce* n. L 106 del 2001, p. 1).

Tale domanda è stata esaminata alla luce delle disposizioni della direttiva n. 2001/18/Ce nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il Comune di Sausheim e, dall'altro lato, il signor Azelvandre per il rifiuto di trasmettere a quest'ultimo le lettere prefettizie e le schede d'impianto relative ad alcuni esperimenti di emissione deliberata di organismi geneticamente modificati. A causa di tale rifiuto, il ricorrente presentava alla Commissione di accesso ai documenti amministrativi (CADA) una formale richiesta. Tuttavia, tale organismo emetteva parere negativo relativamente alla comunicazione della scheda d'impianto particellare e della mappa di ubicazione delle emissioni, argomentando che tale divulgazione avrebbe arrecato pregiudizio alla riservatezza e alla sicurezza degli operatori interessati. Si rifiutava, altresì, di fornire le schede informative riguardanti la realizzazione di nuove emissioni.

Il signor Azelvandre si rivolgeva, pertanto, al Tribunale amministrativo di Strasburgo che accoglieva in parte il ricorso. Per contro, il Comune di Sausheim si rivolgeva al *Conseil d'Etat* che sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia al fine di chiarire, innanzitutto, cosa debba intendersi per «sito dell'emissione». La Corte ha sottolineato che, nel rispetto della procedura di notifica e di accesso ai dati relativi all'operazione di emissione deliberata di OGM, il pubblico interessato può domandare la divulgazione di qualsiasi informazione trasmessa dal notificante nell'ambito della procedura di autorizzazione relativa all'emissione.

Sulla natura di tali dati, l'art. 6, nn. 1 e 2, della direttiva n. 2001/18/Ce prevede che chiunque intenda effettuare un'emissione deliberata di OGM è tenuto a presentare una notifica all'autorità competente dello Stato membro sul cui territorio avverrà l'emissione, e tale notifica deve includere un fascicolo tecnico contenente le informazioni richieste dall'allegato III della direttiva (il grado di precisione dei dati da fornire è variabile e il contenuto degli stessi si ricava dall'allegato III della direttiva). Inoltre, conformemente all'art. 13, n. 2, lett. a., della stessa direttiva, le informazioni in questione devono tener conto della diversità dei luoghi di impiego degli OGM. Ed è proprio in tale contesto, ha precisato la Corte, che gli Stati membri provvedono ad adottare tutte le misure volte ad evitare gli effetti negativi sulla salute umana e sull'ambiente che potrebbero derivare da un'emissione deliberata di OGM e ad effettuare una valutazione adeguata degli eventuali rischi ambientali derivanti da una tale operazione.

Ne consegue che per «sito di emissione» deve intendersi qualsiasi informazione relativa all'ubicazione dell'emissione, fornita dal notificante alle autorità competenti dello Stato membro sul cui territorio deve avvenire l'emissione nel contesto delle norme dettate dalla direttiva.

La seconda questione pregiudiziale ha riguardato la sussistenza di un diritto alla riservatezza per le informazioni concernenti l'ubicazione delle sperimentazioni relative alle emissioni deliberate di OGM. Sul punto, la Corte di giustizia ha richiamato il contenuto dell'art. 25 della direttiva n. 2001/18/Ce ai sensi del quale le autorità competenti non comunicano a terzi le informazioni riservate notificate o scambiate in base alla direttiva (tutelando la proprietà intellettuale dei dati ricevuti). Inoltre, l'autorità competente potrà decidere, previa consultazione del notificante, quali informazioni saranno tenute riservate informandone il notificante. In tale contesto, la Corte di giustizia ha precisato che le informazioni relative al luogo di emissione non possono in nessun caso essere considerate riservate. Ogni considerazione relativa alla salvaguardia dell'ordine pubblico non può costituire motivo sufficiente per limitare l'accesso ai dati elencati nell'art. 25, n. 4, della direttiva n. 2001/18/Ce, tra i quali figura in particolare quello relativo al sito dell'emissione.

La Corte ha concluso richiamando nuovamente l'art. 25, n. 4, terzo trattino, della direttiva ai sensi del quale in nessun caso sono considerate riservate le informazioni relative alla valutazione del rischio ambientale. Gli Stati membri, inoltre, non possono invocare le disposizioni derogatorie contenute in una direttiva al solo scopo di rifiutare l'accesso alle informazioni che dovrebbero essere di dominio pubblico. Ne consegue che il dovere che fa capo ad uno Stato membro di applicare correttamente il diritto comunitario (cfr. sentenza del 9 dicembre 1997 in causa n. C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6959) fa sì che esso non possa opporre alla comunicazione delle informazioni contenute nella direttiva una riserva relativa, in particolare, alla protezione dell'ordine pubblico. Tale conclusione ha rispettato pienamente gli obiettivi perseguiti dalla direttiva che sono la tutela

della salute umana, il principio dell'azione preventiva, il principio di precauzione e la trasparenza delle misure relative all'elaborazione e all'attuazione delle emissioni di OGM, nonché rendere partecipe la collettività alla tutela della salute e dell'ambiente.

VIOLA I PRINCIPI DELLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO LA LEGGE AUSTRIACA CHE SUBORDINA L'AUTORIZZAZIONE PER L'APERTURA IN AUSTRIA DI UN AMBULATORIO DENTISTICO AUTONOMO TEDESCO ALLA PRESENZA DI CONDIZIONI NON RICHIESTE PER L'APERTURA DI AMBULATORI DENTISTICI DIVERSI DA QUELLI AUTONOMI

Corte di giustizia

Sentenza del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07

Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung, Oberösterreichische Landesregierung

Art. 234 Ce - Questione pregiudiziale - Libertà di stabilimento - Previdenza sociale - Sistema sanitario nazionale finanziato dallo Stato - Sistema di prestazioni in natura - Sistema di rimborso delle spese anticipate dall'assicurato - Autorizzazione all'apertura di un ambulatorio privato che fornisce assistenza odontoiatrica - Criterio di valutazione del fabbisogno che giustifica l'apertura di un istituto di cura - Obiettivo di mantenere un servizio medico od ospedaliero di qualità, equilibrato ed accessibile a tutti - Obiettivo di prevenire un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale - Coerenza - Proporzionalità - Contrasto.

Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a disposizioni nazionali, come quelle oggetto della causa principale, ai sensi delle quali, per l'apertura di un istituto di cura privato nella forma di un ambulatorio dentistico autonomo, è necessaria un'autorizzazione e tale autorizzazione viene negata qualora non sussista, alla luce dell'assistenza già offerta dai medici convenzionati, alcuna necessità che giustifichi l'apertura di un istituto siffatto, poiché queste disposizioni non subordinano ad un regime simile anche gli studi associati e non sono fondate su una condizione che sia idonea a circoscrivere sufficientemente l'esercizio, da parte delle autorità nazionali, del loro potere discrezionale¹.

¹ La Corte suprema amministrativa austriaca ha interrogato la Corte di giustizia sulla compatibilità con il diritto comunitario, in particolare con gli artt. 43 e 48 CE, di una normativa nazionale che subordina l'apertura e la gestione di un istituto di cura al rilascio di una

preventiva autorizzazione amministrativa fondata su una valutazione delle effettive necessità di assistenza sanitaria della popolazione. Tale questione pregiudiziale è stata formulata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la società tedesca Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (di seguito denominata: Hartlauer) e, dall'altra parte, i Governi di Vienna e del *Land* dell'Austria superiore, in merito alle decisioni di questi ultimi che rifiutavano di concedere alla Hartlauer le autorizzazioni necessarie all'apertura e alla gestione di ambulatori dentistici autonomi.

La legislazione austriaca (la legge sugli istituti ospedalieri, *Krankenanstaltengesetz*, BGBl. I/1957) prevede che l'autorizzazione all'apertura e alla gestione di un istituto di cura, in forma di ambulatorio autonomo, venga rilasciata solo qualora sussista la necessità delle prestazioni offerte dall'istituto di cura progettato. Tale valutazione viene effettuata a livello di ciascun *Land* e tiene conto dell'offerta già in essere di assistenza sanitaria dei prestatori di servizi convenzionati, ossia di istituti di cura pubblici o privati di utilità pubblica, istituti facenti capo a una cassa e dentisti liberi professionisti.

I Governi di Vienna e del *Land* dell'Austria hanno respinto le domande presentate dalla Hartlauer, volte ad ottenere l'autorizzazione all'apertura, nella 21ª circoscrizione di Vienna, di un istituto di cura privato nella forma di un ambulatorio dentistico.

La Hartlauer ha proposto ricorso contro tali decisioni dinanzi alla Corte suprema amministrativa che, previa riunione dei due procedimenti, si è rivolta alla Corte di giustizia.

In primo luogo, sull'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento dovuta al fatto che un'autorizzazione basata sul criterio relativo alle necessità della popolazione sia richiesta per la sola apertura di un ambulatorio dentistico autonomo, la Corte di giustizia ha sottolineato come una normativa nazionale che subordini lo stabilimento di un'impresa di un altro Stato membro al rilascio di un'autorizzazione preventiva costituisce una restrizione ai sensi dell'art. 43 CE. Tale normativa, infatti, può ostacolare l'esercizio, da parte di questa impresa, della libertà di stabilimento, impedendole di esercitare liberamente le proprie attività tramite una stabile organizzazione (cfr. sentenze del 25 luglio 1991 in causa n. C-76/90, *Säger*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4221 e del 21 settembre 2006 in causa n. C-168/04, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 9041).

Sul punto, la Corte di giustizia, nella sentenza *Gloszczuk* (del 27 settembre 2001 in causa n. C-63/99, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6369; cfr., altresì, sentenza del 15 giugno 2006 in causa n. C-255/04, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5251) ha precisato che, qualora una disciplina nazionale subordini l'esercizio di un'attività ad una condizione connessa al fabbisogno economico o sociale di tale attività, essa costituisce una restrizione in quanto mira a limitare il numero dei prestatori di servizi.

La normativa austriaca controversa, scoraggiando le imprese di altri Stati membri ad esercitare le loro attività sul territorio della Repubblica d'Austria tramite un istituto di cura stabile, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento. La società tedesca Hartlauer, infatti, è stata privata di qualunque accesso al mercato delle cure odontoiatriche in Austria.

In secondo luogo, la Corte si è soffermata ad esaminare se tale restrizione possa essere in qualche modo giustificata per ragioni connesse alla tutela della salute pubblica.

Una restrizione alla libertà di stabilimento può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale: da un lato, dall'obiettivo diretto a mantenere un servizio medico-ospedaliero di qualità, equilibrato e accessibile a tutti e, dall'altro lato, dall'obiettivo volto a prevenire un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale.

Dalla normativa controversa si desume l'incoerenza nel perseguire tali obiettivi. A parere della Corte di giustizia, ciò si evince dal fatto che una previa autorizzazione fondata su una valutazione delle esigenze del mercato è richiesta per l'apertura e la gestione di nuovi ambulatori dentistici autonomi, quali che ne siano le dimensioni, mentre lo stabilimento di nuovi studi associati non è, invece, soggetto ad un qualsiasi regime di autorizzazione, e ciò indipendentemente dalle loro dimensioni (cfr. sentenza del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5473 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 690 nonché sentenza del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, *Watts*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4325 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 522).

Inoltre, le normative in esame subordinano il rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di un nuovo ambulatorio dentistico all'esistenza della necessità delle prestazioni offerte da questo nuovo istituto e tale condizione viene verificata sulla base di criteri diversi a seconda

del *Land* interessato. Per esempio, così ha specificato la Corte di giustizia, nel *Land* di Vienna, tale valutazione è effettuata sulla base del numero di pazienti per ogni odontoiatra entro il bacino di utenza, mentre, nel *Land* dell'Austria superiore, essa è fondata sulla durata del tempo di attesa ai fini di un consulto presso un odontoiatra.

Ne consegue che il regime di previa autorizzazione amministrativa non è fondato su una condizione che sia idonea a circoscrivere sufficientemente l'esercizio, da parte delle autorità nazionali, del loro potere discrezionale e, pertanto, la normativa nazionale contrasta con la normativa comunitaria e non può essere giustificata per mantenere un servizio medico di qualità, equilibrato e accessibile a tutti, nonché a prevenire un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL REGOLAMENTO CE N. 44/2001 E STATUISCE CHE IL DIRITTO DI SFRUTTAMENTO DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE NON RIENTRA NELLA NOZIONE DI PRESTAZIONE DI SERVIZI CONTEMPLATA DA TALE REGOLAMENTO

Corte di giustizia

Sentenza del 23 aprile 2009 in causa n. C-533/07

Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch c. Gisela Weller- Lindhorst

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - Regolamento Ce n. 44/2001 - Competenze speciali - Art. 5, punto 1, lett. a. e b., secondo trattino - Nozione di «prestazione di servizi» - Titolarità di un diritto di proprietà intellettuale - Concessione di diritti di proprietà intellettuale - Sfruttamento dei diritti - Pagamento di un corrispettivo - Esclusione.

L'art. 5, punto 1, lett. b., secondo trattino, 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, deve essere interpretato nel senso che un contratto, con il quale il titolare di un diritto di proprietà intellettuale concede alla controparte la facoltà di sfruttarlo in cambio del pagamento di un corrispettivo, non è un contratto di prestazione di servizi ai sensi di tale disposizione¹.

Al fine di determinare, in applicazione dell'art. 5, punto 1, lett. a., del regolamento n. 44/2001, il giudice competente a conoscere di una domanda di pagamento del corrispettivo dovuto in forza di un contratto con il quale il titolare di un diritto di proprietà intellettuale concede alla controparte la facoltà di sfruttarlo, occorre tuttora fare riferimento ai principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte relativamente all'art. 5, punto 1, della Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'ese-

*cuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificata dalla Convenzione 26 maggio 1989, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese*².

¹⁻² L'art. 5, punto 1, del regolamento Ce n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1) relativo alla determinazione del giudice competente nelle cause in materia contrattuale ha sostituito, nell'ambito dei rapporti tra gli Stati membri della Comunità, l'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in *Guce* n. L 299 del 1972, p. 32). Tale disposizione è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia nell'ambito di una controversia tra la fondazione Falco Privatstiftung e il signor Thomas Rabitsch (attori) contro la signora Weller-Lindhorst (convenuta), avente ad oggetto il mancato pagamento di corrispettivi di licenza dei quali la convenuta sarebbe stata debitrice nei confronti dei ricorrenti in virtù di un contratto di licenza. In base a tale contratto la convenuta aveva ottenuto una licenza per la vendita di registrazioni video di un concerto sul quale i ricorrenti vantavano diritti d'autore.

Il Tribunale di commercio di Vienna, adito dai ricorrenti nella causa principale, ha dichiarato la propria competenza a pronunciarsi sulle suddette domande, in applicazione dell'art. 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001. Successivamente, la Corte d'appello di Vienna ha ritenuto che l'art. 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 non fosse applicabile alla fattispecie di causa, al pari dell'art. 5, punto 1, lett. b., secondo trattino, dello stesso regolamento, per il motivo che il contratto in causa non era un contratto di prestazione di servizi ai sensi di tale disposizione.

La Corte suprema di cassazione, adita in ultima istanza, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire cosa debba intendersi per contratto di prestazione di servizi e se ad esso possa trovare applicazione l'art. 5, punto 1, lett. b., secondo trattino, del regolamento n. 44/2001 (cfr. sentenze del 13 luglio 2006 in causa n. C-103/05, *Reisch Montage*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6827; del 14 dicembre 2006 in causa n. C-283/05, *ASML*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 12041 e del 3 maggio 2007 in causa n. C-386/05, *Color Drack*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3699 e annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 746).

Ai sensi dell'art. 5, punto 1, lett. b., secondo trattino, del regolamento n. 44/2001, il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto.

In sostanza, la questione da risolvere era se, ai fini della determinazione del giudice competente, il contratto – concluso tra parti di Stati membri diversi – con il quale il titolare di un diritto di proprietà intellettuale concede alla controparte la facoltà di sfruttare tale diritto (contratto di licenza) possa considerarsi un contratto avente ad oggetto una prestazione di servizi ai sensi della disposizione, sopra citata.

La nozione di servizi implica che la parte che li fornisce effettui una determinata attività in cambio di un corrispettivo. Il contratto con il quale il titolare di un diritto di proprietà intellettuale concede alla controparte il diritto di sfruttarlo in cambio del pagamento di un corrispettivo non implica una siffatta attività.

La Corte di giustizia, richiamando un'osservazione dell'Avvocato Generale Verica Trstenjak (cfr. par. 58 delle conclusioni presentate in data 27 gennaio 2009), ha osservato che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non effettua alcuna prestazione concedendo lo sfruttamento del diritto in questione, in quanto si impegna esclusivamente a consentire che la controparte sfrutti liberamente il diritto.

La Corte ha sottolineato come il legislatore comunitario abbia adottato differenti norme sulla competenza, da un lato, per i contratti di compravendita di beni, nonché per i contratti di prestazione di servizi e, dall'altro lato, per tutti gli altri tipi di contratti che non sono oggetto di disposizioni specifiche nel regolamento stesso. Ne consegue che il contratto in questione non è un contratto di prestazione di servizi ai sensi del regolamento n. 44/2001.

Al contempo, il procedimento ha riguardato la questione se nell'interpretare l'art. 5, punto 1, lett. a., del regolamento n. 44/2001 occorra assicurare la continuità con l'interpretazione dell'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles.

Il regolamento n. 44/2001 si ispira, in proposito, in modo particolarmente ampio alla Convenzione di Bruxelles, con la quale il legislatore comunitario ha inteso garantire un'autentica continuità: i termini dell'art. 5, punto 1, lett. *a.*, del regolamento n. 44/2001 sono assolutamente identici a quelli dell'art. 5, punto 1, prima frase, della Convenzione di Bruxelles. Il regolamento n. 44/2001 mira certamente ad aggiornare la Convenzione di Bruxelles, ma a conservarne parimenti la struttura ed i principi fondamentali, nonché a garantirne la continuità. L'art. 5, punto 1, lett. *a.*, del regolamento n. 44/2001 ha, pertanto, una portata identica a quella dell'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles.

LA NORMATIVA AUSTRIACA CONCERNENTE IL PREZZO IMPOSTO SUI LIBRI IN LINGUA TEDESCA PROVENIENTI DA ALTRI PAESI MEMBRI COSTITUISCE UNA MISURA DI EFFETTO EQUIVALENTE

Corte di giustizia

Sentenza del 30 aprile 2009 in causa n. C-531/07

Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft c. LIBRO Handelsgesellschaft mbH

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione delle merci - Disciplina nazionale sul prezzo imposto dei libri importati - Misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione - Giustificazione - Regime di prezzi imposti per i libri - Art. 28 CE - Deroga alla sentenza *Keck* - Misure non applicabili indistintamente - Art. 30 CE - «Sammelrevers» - Art. 81 CE - Art. 3, n. 1, lett. *g.*, CE - Art. 10, n. 2, CE - Obbligo di lealtà degli Stati membri - Regimi puramente nazionali di prezzi imposti per i libri.

Una disciplina nazionale, che vieta agli importatori di libri in lingua tedesca di fissare un prezzo inferiore al prezzo di vendita al pubblico fissato o consigliato dall'editore nello Stato di pubblicazione, costituisce una «misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alle importazioni» ai sensi dell'art. 28 CE¹.

Una disciplina nazionale, che vieta agli importatori di libri in lingua tedesca di fissare un prezzo inferiore al prezzo di vendita al pubblico fissato o consigliato dall'editore nello Stato di pubblicazione, non può essere giustificata, né in forza degli artt. 30 CE e 151 CE, né da esigenze imperative di interesse generale².

¹⁻² Il giudice del rinvio, l'*Oberster Gerichtshof* della Repubblica austriaca, ha proposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale per far chiarire se le disposizioni sulla libera circolazione delle merci di cui agli artt. 28 e 30 CE possano contrastare con la legge federale austriaca sul regime di prezzi imposti per i libri (*BGBI.* 45/2000). La domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento avviato dall'Associazione professionale

della Camera di commercio austriaca per l'industria del libro e dei *media* contro la società LIBRO Handelsgesellschaft mbH, affinché quest'ultima si astenesse dal praticare la pubblicità, ai fini della vendita sul territorio nazionale, di libri a prezzi inferiori a quelli fissati in base alla legge federale, sopra citata.

Ai sensi dell'art. 3 del *BPrBG* l'editore o l'importatore deve fissare nonché rendere noto un prezzo di vendita al pubblico per i libri che egli pubblica o importa sul territorio federale e l'importatore non può fissare un prezzo, al netto dell'IVA, inferiore al prezzo di vendita al pubblico fissato o consigliato dall'editore dello Stato di pubblicazione. La Camera di commercio citata è competente a pubblicare i prezzi di vendita al pubblico dei libri che sono imposti alle librerie per la vendita in Austria di libri in lingua tedesca nonché a controllare che i dettaglianti rispettino il prezzo di vendita al pubblico nella pubblicità di tali libri.

Nel corso dell'anno 2006, la LIBRO (che raggruppa duecentodiciannove succursali in Austria commercializzando l'80% dei libri che provengono dall'estero) ha iniziato a fare pubblicità per la vendita, nel territorio austriaco, di libri pubblicati in Germania a prezzi inferiori a quelli minimi fissati per il territorio austriaco, con riferimento ai prezzi praticati in Germania.

La Camera di commercio ha così presentato subito dinanzi al giudice di primo grado una domanda di provvedimenti urgenti per ingiungere alla LIBRO di astenersi dal praticare tale pubblicità. Il giudice di primo grado ha accolto la domanda che è stata poi confermata dal giudice d'appello. Successivamente la LIBRO ha proposto ricorso per cassazione contro tale sentenza e l'*Oberster Gerichtshof* ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

La Corte di giustizia, in *primis*, ha richiamato la propria costante giurisprudenza sull'argomento nonché il contenuto della celeberrima sentenza *Dassonville* (sentenza dell'11 luglio 1974 in causa n. 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, 1974, p. 837, in questa *Rivista*, 1974, p. 429) precisando come costituisca misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, ai sensi dell'art. 28 CE, qualsiasi disciplina commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari.

La Corte ha sottolineato, altresì, in sentenza che le disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita, sempreché tali disposizioni siano applicabili nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgono la propria attività sul territorio nazionale e sempreché riguardino in ugual misura, tanto sotto il profilo giuridico, quanto sotto quello sostanziale, la commercializzazione dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri, non costituiscono un ostacolo a tale commercio (cfr. sentenze del 24 novembre 1993 in cause riunite n. C-267/91 e n. C-268/91, *Keck e Mithouard*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6097, in questa *Rivista*, 1994, p. 665 ss. con commento di S. AMADEO, *Novità in tema di divieto di misure di effetto equivalente*, p. 671 ss., e del 10 febbraio 2009 in causa n. C-110/05, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

La normativa austriaca vieta agli operatori austriaci di libri in lingua tedesca di stabilire un prezzo inferiore a quello di vendita al pubblico stabilito o consigliato dall'editore dello Stato di pubblicazione. Essa prevede, pertanto, un trattamento meno favorevole per i libri provenienti dagli altri Paesi in quanto impedisce agli importatori austriaci, nonché agli editori stranieri di stabilire i prezzi minimi al dettaglio secondo le caratteristiche del mercato di importazione, mentre gli editori austriaci sono liberi di fissare, per i loro prodotti, i prezzi base per la vendita al dettaglio nel mercato nazionale.

La normativa contestata costituisce, pertanto, una misura di effetto equivalente ai sensi del Trattato Ce che non può neppure essere giustificata ai sensi degli artt. 30 e 151 CE.

Il libro, a parere della Corte di giustizia, è un bene culturale che va tutelato. Tale tutela può essere considerata come un'esigenza imperativa di interesse pubblico tale da giustificare misure di restrizione alla libera circolazione delle merci, a condizione che tali misure siano idonee a raggiungere l'obiettivo prefissato. Nel caso di specie, l'obiettivo primario di tutela del libro può essere raggiunto attraverso misure meno restrittive per l'importatore. Permettendo, infatti, all'importatore o all'editore straniero, di fissare un prezzo di vendita per il mercato austriaco che tenga conto delle caratteristiche del mercato in questione si riuscirebbe ugualmente a raggiungere l'obiettivo *de quo* senza svantaggiare alcuna categoria.

UNA NORMATIVA NAZIONALE CHE IMPEDISCE A SOGGETTI CHE NON HANNO IL TITOLO DI FARMACISTA DI GESTIRE UNA FARMACIA NON CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO

I

Corte di giustizia

Sentenza del 19 maggio 2009 in causa n. C-531/06

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libertà di stabilimento - Art. 43 CE - Sanità pubblica - Farmacie - Disposizioni che riservano ai soli farmacisti il diritto di gestire una farmacia - Giustificazione - Fornitura di medicinali sicura e di qualità alla popolazione - Indipendenza professionale dei farmacisti - Misura proporzionata - Tutela della salute pubblica - Giustificazione.

Gli artt. 43 CE e 48 CE non ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che impedisce a soggetti che non hanno il titolo di farmacista di possedere e gestire farmacie¹.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 19 maggio 2009 in cause riunite n. C-171/07 e n. C-172/07

Apothekerkammer des Saarlandes e altri c. Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, con l'intervento di DocMorris NV

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Libertà di stabilimento – Libera circolazione dei capitali - Artt. 43 e 56 CE - Sanità pubblica - Farmacie - Disposizioni che riservano ai soli farmacisti il diritto di gestire una farmacia - Giustificazione - Rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità - Indipendenza professionale dei farmacisti - Imprese di distribuzione di prodotti farmaceutici - Farmacie comunali.

Riguardo al gestore che possiede la qualità di farmacista non si può negare che esso persegua, come altre persone, una finalità di lucro. Tuttavia, in quanto farmacista di professione, si ritiene che quest'ultimo gestisca la farmacia in base non ad un obiettivo meramente economico, ma altresì in un'ottica

professionale. Il suo interesse privato, connesso alla finalità di lucro, viene quindi temperato dalla sua formazione, dalla sua esperienza professionale e dalla responsabilità ad esso incombente, considerato che un'eventuale violazione delle disposizioni normative o deontologiche comprometterebbe non soltanto il valore del suo investimento, ma altresì la propria vita professionale².

Tenuto conto del carattere particolare dei prodotti medicinali nonché del loro mercato, e allo stato attuale del diritto comunitario, le considerazioni della Corte nella sentenza del 21 aprile 200 in causa n. C-140/03, Commissione c. Grecia (in Raccolta, 2001, I, p. 3177) non sono trasponibili nel settore della distribuzione di medicinali al dettaglio. Infatti, a differenza dei prodotti ottici, i medicinali prescritti o utilizzati per ragioni terapeutiche possono, malgrado tutto, rivelarsi gravemente nocivi per la salute se assunti senza necessità o in modo sbagliato, senza che il paziente possa esserne consapevole al momento della loro somministrazione. Inoltre, una vendita di medicinali che non sia giustificata dal punto di vista medico comporta uno spreco di risorse pubbliche finanziarie non comparabile a quello risultante da vendite ingiustificate di prodotti ottici³.

¹⁻³ Con le sentenze, sopra massimate, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità delle normative italiana e tedesca relative alla gestione delle farmacie con il Trattato CE. Entrambe le normative prevedono che la gestione delle farmacie private sia riservata ai soli farmacisti iscritti all'albo della provincia in cui ha sede la farmacia (cfr. legge italiana dell'8 novembre 1991, n. 362, contenente norme di riordino del settore farmaceutico, in *Guri* n. 269 del 16 novembre 1991 e legge tedesca sulle farmacie, *Gesetz über das Apothekenwesen*, nella versione pubblicata nel *BGBI.* 1980 I, p. 1993, come modificata dal regolamento del 31 ottobre 2006, *BGBI.* 2006 I, p. 2407).

Con riferimento alla situazione italiana, nel ricorso per infrazione avviato dalla Commissione delle Comunità europee (nella causa n. C-531/06) è stato chiesto alla Corte di dichiarare che l'Italia è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dagli artt. 43 e 56 CE per aver mantenuto in vigore, da un lato, una legislazione che riserva il diritto di gestire una farmacia privata alle sole persone fisiche laureate in farmacia e alle società di gestione composte esclusivamente da soci farmacisti, e, dall'altro lato, una normativa che sancisce l'impossibilità, per le imprese di distribuzione di prodotti farmaceutici, di acquisire partecipazioni nelle società di gestione di farmacie comunali.

Esaurito il procedimento precontenzioso, l'Italia ha sollevato tre eccezioni di irricevibilità avverso il ricorso della Commissione.

La Commissione ha sostenuto che una disposizione nazionale, che impedisce alle persone fisiche non laureate in farmacia e alle persone giuridiche che non siano composte esclusivamente da soci farmacisti di gestire una farmacia, contrasta con gli artt. 43 e 56 CE.

Con riferimento alla situazione tedesca, la controversia di cui alle cause riunite n. C-171/07 e n. C-172/07 è scaturita dal fatto che il Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (Ministero della Giustizia, della Sanità e degli Affari sociali) ha accordato alla società DocMorris NV, – una società per azioni con sede nei Paesi Bassi che svolge, in particolare, un'attività di vendita di medicinali per corrispondenza – l'autorizzazione a gestire, come succursale, una farmacia di Saarbrücken in Germania, a condizione di assumere un farmacista incaricato di dirigere personalmente e sotto la propria responsabilità la farmacia in questione.

La decisione ministeriale è stata impugnata davanti al *Verwaltungsgericht des Saarlandes* che ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per far chiarire se gli artt. 43 e 48 CE contrastino con la normativa tedesca (e precisamente con il combinato disposto degli artt. 2, n. 1, punto 3, nonché 7 e 8 dell'ApoG, la c.d. «regola di esclusione dei non farmacisti») che impedisce a soggetti che non hanno il titolo di farmacista di possedere e gestire farmacie.

In entrambe le cause la Corte di giustizia è pervenuta alla stessa conclusione e ha svolto le medesime argomentazioni nelle relative sentenze.

In *primis* la Corte ha osservato come il diritto comunitario riservi agli Stati membri la competenza a disciplinare il settore delle farmacie, ad esclusione delle questioni relative al mutuo riconoscimento dei diplomi, dei certificati e degli altri titoli e che le restrizioni che discendono da tale disciplina nazionale sarebbero giustificate dall'interesse generale di tutela della sanità pubblica.

Gli Stati membri possono impostare i loro sistemi di previdenza sociale e possono adottare normative volte ad organizzare le farmacie. Tuttavia, nell'esercizio di tale competenza gli Stati membri – pur godendo di un certo margine di discrezionalità – non devono mantenere o introdurre restrizioni ingiustificate all'esercizio delle libertà contenute nel Trattato nell'ambito delle cure sanitarie (cfr. sentenze del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, *Watts*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4325 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 522, e del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07, *Hartlauer*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

La Corte di giustizia ha osservato come nessuna norma comunitaria disciplini le condizioni di accesso alle attività farmaceutiche, né precisi quali soggetti siano destinati a gestire tali strutture.

Sull'effettiva esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, la Corte di giustizia ha precisato che una norma di esclusione dei non farmacisti costituisce una restrizione ex art. 43 CE poiché riserva la gestione delle farmacie ai soli farmacisti, impedendo agli altri operatori economici di accedere a questa attività autonoma nello Stato membro interessato.

Inoltre, una norma nazionale che prevede che i soci di una società di gestione di farmacie possano essere soltanto farmacisti impedisce, di fatto, agli investitori di altri Stati membri che non siano farmacisti di acquisire partecipazioni in questo tipo di società e, pertanto, contrasta con l'art. 56 Ce.

Valutando però la giustificazione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, la Corte di giustizia ha osservato che tali libertà possono essere giustificate unicamente dallo scopo di garantire un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità alla popolazione (cfr. sentenze del 23 ottobre 2007 in causa n. C-112/05, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8995 e sentenza dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14887).

La Corte di giustizia ha precisato come i medicinali costituiscano una categoria a sé, rispetto alle altre merci (cfr. sentenza del 21 marzo 1991 in causa n. 369/88, *Delattre*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1487 e annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 376): un consumo eccessivo o un uso sbagliato di medicine può determinare uno spreco di risorse finanziarie (cfr. per analogia, relativamente alle cure ospedaliere, sentenza del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4509 e annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 355).

Alla luce di tali considerazioni la Corte ha ritenuto che gli Stati membri, liberi di decidere il grado di tutela della sanità pubblica, possano chiedere che la vendita e la distribuzione dei medicinali siano affidate alla categoria dei farmacisti che godono di un'effettiva indipendenza professionale.

Il gestore-farmacista perseguirà certamente una finalità di lucro, ma gestirà la farmacia in un'ottica professionale, mentre un soggetto non farmacista, a parere della Corte, non è in grado di fornire le medesime garanzie date dai farmacisti.

Ne consegue, pertanto, che uno Stato membro, nell'ambito del proprio margine di discrezionalità, può ritenere che l'affidamento della gestione di una farmacia a un soggetto non qualificato possa costituire un pericolo per la sanità pubblica per i motivi sopra indicati, ossia, per la fornitura di medicinali sicura e di qualità alla popolazione.

Gli artt. 43 e 56 CE non ostano, pertanto, alle normative italiana e tedesca che impediscono a soggetti che non hanno il titolo di farmacista di possedere le farmacie. Il ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione contro l'Italia è stato, così, respinto.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

IL CASO *DORIGO*: UNA VICENDA PROCESSUALE SCONCERTANTE*

**Commission Européenne des Droits de l'Homme, Première Chambre
Rapport de la Commission (adopté le 9 septembre 1998)**

Paolo Dorigo c. Italie - Requête n. 33286/96

Art. 6, par. 1 e 3, lett. d., CEDU - Diritto ad un processo equo - Condanna penale sulla base delle sole dichiarazioni di coimputati che si sono avvalsi del diritto di non rispondere - Violazione del diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico - Par. 1 e 3, lett. d., dell'art. 6 CEDU in combinato disposto - Assenza di equità del processo penale.

La Commission rappelle que les exigences du par. 3 d. de l'art. 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le par. 1 de la même disposition. C'est pourquoi elle estime approprié d'examiner le grief sous l'angle des deux textes combinés (voir, inter alia, Cour eur. D.H., arrêt Foucher c. France du 18 mars 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-II, p. 464, par. 30). En l'espèce, il y a lieu de rechercher si l'impossibilité pour le requérant d'interroger les témoins à charge est compatible avec les garanties du procès équitable. La Commission note ensuite que, malgré l'opposition de la défense, les déclarations litigieuses ont été tout de

* In argomento v. *infra*, p. 263, il contributo di TERESA RUSSO.

même utilisées et que la condamnation du requérant se base exclusivement sur ces déclarations. La Commission rappelle que les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'art. 6 lorsque les dépositions d'un témoin, qui n'a pas été entendu publiquement au cours des débats contradictoires, constituent le principal – sinon le seul – élément de preuve retenu par les juridictions dans leur jugement de condamnation et lorsque l'accusé n'a eu, à aucun stade de la procédure antérieure, ni la possibilité de questionner ce témoin ni l'occasion de contester sous tous ses aspects la véracité du témoignage dans des conditions offrant les garanties indispensables à l'exercice des droits de la défense (v. Cour eur. D.H., arrêt Saïdi c. France du 20 septembre 1993, série A n° 261-C, p. 56, par. 43-44; arrêt Unterpertinger c. Autriche du 24 novembre 1986, série A n° 110, pp. 14-15, par. 31-33). La Commission conclut, par 13 voix contre 4, qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'art. 6 par. 1, combiné avec l'art. 6 par. 3 d. de la Convention en raison de l'absence d'équité de la procédure.

Corte di cassazione - Sezione I penale

Sentenza del 1° dicembre 2006-25 gennaio 2007, n. 2800

Procedimento penale a carico di Paolo Dorigo

Artt. 670, 630 c.p.p., artt. 6, 5 par. 2, lett. a., e par. 4, 46 CEDU- Ineseguibilità del giudicato - Esecuzione penale - Giudice dell'esecuzione - Questioni sul titolo esecutivo - Condanna giudicata non equa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - Mancata previsione di un rimedio processuale per la rinnovazione del giudizio - Obblighi del giudice nazionale - Eseguitività del giudicato - Esclusione.

Il Collegio ritiene che la richiesta debba essere qualificata come atto propulsivo di un incidente di esecuzione inquadrabile nella previsione dell'art. 670 c.p.p., avendo per oggetto l'accertamento di una situazione idonea ad impedire, provvisoriamente o definitivamente, l'esecuzione del titolo (Cass., Sez. I, 18 maggio 2005, Papa, rv. 232103). Il Collegio ritiene di dover ribadire il principio per cui il giudice italiano è tenuto a conformarsi alle sentenze pronunciate dalla stessa Corte e, per conseguenza deve riconoscere il diritto al nuovo processo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura del procedimento penale, l'intangibilità del giudicato penale (Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, Somogyi).

È indubbio che nel sistema risultante dalla normativa della Convenzione esiste una stretta correlazione tra l'art. 6 e l'art. 5 § 2 lett. a., chiaro essendo che evidenti ragioni di coerenza interna dell'ordinamento impediscono di considerare legittima e regolare una detenzione fondata su una sentenza di

condanna pronunciata in un giudizio nel quale siano state poste in essere violazioni delle regole del giusto processo accertate dalla Corte europea, sì da rendere non «équitable» non soltanto la procedura seguita, ma anche la pronuncia di condanna. L'art. 5, par. 4, della Convenzione riconosce il diritto a chi ha riportato condanna in un procedimento giudiziario ritenuto non equo dalla Corte di presentare ricorso al giudice nazionale affinché accerti la legalità della detenzione e, se riconosciuta illegittima, ne ordini la liberazione. Tale rimedio esiste nel nostro ordinamento e si identifica nella richiesta di incidente, che dà impulso alla procedura ex art. 670 c.p.p., nell'ambito della quale deve trovare piena tutela il diritto sancito dall'art. 5 par. 2, lett. a., della citata Convenzione.

La prolungata inerzia dell'Italia corrisponde alla trasgressione dell'obbligo previsto dall'art. 46 della Convenzione di conformarsi alla sentenza definitiva della Corte europea e, quindi, costituisce una condotta dello Stato italiano qualificabile come «flagrante diniego di giustizia». Il ricorso proposto contro il provvedimento del giudice dell'esecuzione deve essere deciso sulla base del seguente principio di diritto: «Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omissso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo».

Corte costituzionale

Sentenza del 16-30 aprile 2008, n. 129

Questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, comma 1, lett. a., c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 10 e 27 Cost. - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - Processo penale - Casi di revisione - Impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - Esclusione dai casi di revisione - Infondatezza - Necessità di una legislazione nazionale in materia.

La Corte di appello di Bologna solleva, in riferimento agli artt. 3, 10, e 27 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, comma 1, lett. a., del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza (o del decreto penale di condanna) con la decisione della Cor-

te europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

La questione di legittimità costituzionale nasce dall'assenza – nel sistema processuale penale – di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli secondo quanto prevede l'art. 46 della stessa Convenzione, nel testo modificato ad opera dell'art. 16 del Protocollo n. 14, ratificato con legge 15 dicembre 2005, n. 280 (Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà emendante il sistema dei controlli della Convenzione, fatto a Strasburgo il 13 maggio 2004).

Tuttavia, nonostante l'evidente, improrogabile necessità che l'ordinamento predisponga adeguate misure – atte a riparare, sul piano processuale, le conseguenze scaturite dalle violazioni ai principi della Convenzione in tema di "processo equo", accertate da sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo – la questione sollevata dalla Corte di appello di Bologna, in riferimento a tutti i parametri evocati, deve ritenersi infondata.

Il giudice a quo fonda la prima censura di illegittimità costituzionale su una premessa argomentativa le cui coordinate non possono condividersi né sul piano logico, né su quello sistematico. La Corte rimettente pone un postulato infondato di omologabilità fra i casi disciplinati dall'art. 630, comma 1, lett. a., cod. proc. pen., e la situazione in esame. Secondo il giudice rimettente – considerato che la norma citata prevede, nelle ipotesi che legittimano la revisione della condanna, il contrasto tra i "fatti" stabiliti da due diverse sentenze – non dovrebbe necessariamente accedersi «alla accezione di "fatto" con esclusivo riferimento alle circostanze storiche della vicenda sottoposta a giudizio». Agli effetti che qui interessano, rappresenterebbe «un "fatto" anche l'accertamento dell'invalidità (iniquità) della prova assunta nel processo interno, intervenuto ad opera del giudice sopranazionale». Nella logica codicistica – secondo una affermazione costante della giurisprudenza di legittimità – il concetto di inconciliabilità fra sentenze irrevocabili, evocato dall'art. 630, comma 1, lett. a., cod. proc. pen., non può essere inteso in termini di contraddittorietà logica tra le valutazioni effettuate nelle due decisioni. Tale concetto deve, invece, essere inteso in termini di oggettiva incompatibilità tra i "fatti" (ineludibilmente apprezzati nella loro dimensione storico-naturalistica) su cui si fondano le diverse sentenze. D'altra parte, ove così non fosse, la revisione, da rimedio impugnatorio straordinario, si trasformerebbe in un improprio strumento di controllo (e di eventuale rescissione) della "correttezza", formale e sostanziale, di giudizi ormai irrevocabilmente conclusi.

Allo stesso epilogo conduce lo scrutinio della questione alla stregua del

parametro di cui all'art. 10 Cost. A parere della Corte rimettente, alcune fra le garanzie fondamentali enunciate dalla CEDU coinciderebbero con altrettante "norme di diritto internazionale generalmente riconosciute" (così l'art. 10 Cost.) che, come tali, troverebbero "adattamento automatico" nell'ordinamento interno. Sicché, dovendosi annoverare tra quelle garanzie anche il principio di presunzione di innocenza, l'art. 630, comma 1, lett. a., cod. proc. pen., si porrebbe in contrasto con l'art. 10, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede – tra i casi di revisione del processo – l'ipotesi in cui una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo «abbia accertato un "vizio fondamentale nella procedura precedente"». L'assunto è per più versi infondato.

In primo luogo, il principio di presunzione di non colpevolezza non si pone in contrasto con la esigenza di salvaguardare il valore del giudicato, la cui ineludibile funzione è stata più volte affermata da questa Corte (si vedano, al riguardo, le sentenze n. 74 del 1980; n. 294 del 1995; n. 413 del 1999 e le ordinanze nn. 14 e 501 del 2000). La revisione mira a riparare un (ipotetico) errore di giudizio, alla luce di "fatti" nuovi; non a rifare un processo (in ipotesi) iniquo. La presunzione di innocenza, in sé e per sé, non ha dunque nulla a che vedere con i rimedi straordinari destinati a purgare gli eventuali errores, in procedendo o in iudicando che siano. In secondo luogo, la impossibilità di far leva sul parametro richiamato dal giudice a quo si evince dai principi enunciati dalla giurisprudenza di questa Corte. Si è infatti in più occasioni (si vedano, da ultimo, le sentenze nn. 348 e 349 del 2007) affermato che l'art. 10, primo comma, della Costituzione, con l'espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», intende riferirsi alle norme consuetudinarie; e dispone, rispetto alle stesse, l'adattamento automatico dell'ordinamento giuridico italiano. Al contrario, la norma invocata dal remittente, in quanto pattizia e non avente la natura richiesta dall'art. 10 Cost., esula dal campo di applicazione di quest'ultimo.

Ugualmente infondata si rivela, infine, la pretesa violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., il quale – nel sancire il principio della necessaria funzione rieducativa della pena – ad avviso del giudice rimettente «presuppone istanze etiche che trovano contrappunto in regole processuali non inique». Se si assegnasse alle regole del "giusto processo" una funzione strumentale alla "rieducazione", si assisterebbe ad una paradossale eterogenesi dei fini, che vanificherebbe – questa sì – la stessa presunzione di non colpevolezza. "Giusto processo" e "giusta pena" sono, dunque – per quel che qui interessa, soprattutto sul piano dei valori costituzionali che essi rispettivamente esprimono – termini di un binomio non confondibili fra loro; se non a prezzo, come si è già accennato, di una inaccettabile trasfigurazione dello "strumento" (il processo) nel "fine" cui esso tende (la sentenza irrevocabile e la pena che da essa può conseguire).

Pur dovendosi quindi pervenire ad una declaratoria di infondatezza della questione proposta dalla Corte rimettente – con specifico riferimento ai para-

metri di costituzionalità che sono stati richiamati – questa Corte ritiene di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU.

Breve sintesi dei procedimenti relativi al caso *Dorigo*

La vicenda giudiziaria del Signor Dorigo ha inizio con la sua condanna alla pena di tredici anni e sei mesi di reclusione (oltre alla multa di quattro milioni di lire), decisa con sentenza della Corte di assise di Udine in data 3 ottobre 1994 che lo aveva ritenuto corresponsabile di un attentato terroristico alla base militare della NATO di Aviano.

Esperite le vie di ricorso interno con esito negativo (Corte di assise d'appello e Corte di cassazione), il Dorigo ricorre alla Commissione europea dei diritti dell'uomo che dichiara la violazione dell'art. 6, par. 1 e 3, essendo stato condannato solo sulla base di dichiarazioni rese da coimputati in sede di indagini preliminari e semplicemente lette in fase dibattimentale, essendosi questi avvalsi della facoltà di non rispondere. Il Dorigo, pertanto, non aveva potuto beneficiare di un processo equo perché, nello specifico, gli veniva negato il diritto di interrogare o di far interrogare i testimoni a carico e di conseguenza il diritto di difendersi e di contestare la veridicità delle accuse mossegli. Il rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo, adottato il 9 settembre 1998, viene, quindi, trasmesso al Comitato dei Ministri, il 28 ottobre 1998, che individua nella rinnovazione del processo lo strumento per rimuovere le conseguenze della violazione.

Soltanto nel 2006, la Corte di appello di Bologna – città nella quale il Dorigo scontava la residua parte della condanna in regime di detenzione domiciliare –, investita dell'istanza di revisione del processo, sospende l'esecuzione della pena inflittagli e, con ordinanza del 15 marzo 2006, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, lett. a., c.p.p. per contrasto con gli artt. 3, 10 e 27 Cost.

Parallelamente, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Udine esperisce, con esito negativo dinanzi alla competente Corte di assise, in funzione di giudice dell'esecuzione, l'azione ai sensi degli artt. 666 e 670 c.p.p. per verificare la perdurante legittimità della sentenza di condanna e, quindi, della detenzione del Dorigo.

Avverso l'ordinanza di rigetto del 5 dicembre 2005, il Procuratore propone ricorso per Cassazione. Il giudizio di legittimità si chiude con la sentenza 1° dicembre 2006-25 gennaio 2007, n. 2800 con la quale la Corte dichiara l'inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza di condanna nei confronti del Dorigo e dispone la sua immediata liberazione. A sua volta, la Corte costituzionale, pure investita della questione, con sentenza del 30 aprile 2008, n. 129 dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento ai parametri costituzionali invocati.

"REVISIONE EUROPEA" DI NORME E GIUDICATI INTERNI*

Sommario: 1. Effetti "revisionistici" in alcune recenti sentenze delle Alte Corti europee (Strasburgo-Lussemburgo) e della Corte costituzionale - 2. "Revisione" di giudicato penale nazionale in un decisum della Corte di Strasburgo: caso Dorigo - 3. Overruling della Corte costituzionale sulle norme e la giurisprudenza CEDU - 4. Breve confronto con la "revisione" normativa e di giudicato nazionale nella giurisprudenza comunitaria.

1. Effetti "revisionistici" in alcune recenti sentenze delle Alte Corti europee (Strasburgo-Lussemburgo) e della Corte costituzionale

Tra i tanti effetti collegati al c.d. primato o alla priorità del diritto comunitario rispetto a quello nazionale, l'ultimo più significativo deriva dall'avvenuta introduzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹ come spazio di

* Il presente contributo non intende passare in rassegna la giurisprudenza europea formatasi sulle clausole generali regolatrici dei poteri giurisdizionali e degli spazi giudiziari correlati (art. 41 CEDU, art. 29 ss. TUE), ma evidenziare come una teoria della prassi giurisprudenziale, sebbene produttiva, di per se stessa, di effetti evolutivi e "revisionisti" degli ordinamenti nazionali, vada necessariamente incontro a problemi di inquadramento normativo al fine del rispetto dei diversi livelli ordinamentali di tutela e dei rapporti di autonomia tra ordinamenti giuridici correlati.

¹ Proprio tale nozione dopo la sua prima apparizione nei Trattati unionistici europei del secolo scorso ha registrato uno sviluppo imponente come doppio "valore", sia costituzionale, sia giurisdizionale del processo di integrazione (v. artt. 2 del TUE di Lisbona e TFUE). Le fonti regolatrici di tale spazio sono le più variegate. Peraltro, apparirebbe eccessivamente ottimistico ritenere che esso abbia raggiunto uno *standard* consolidato di omogeneità e di chiarezza nei suoi istituti e nei suoi concetti fondamentali. Sebbene le sintetiche considerazioni che si intendono svolgere non si estendono alle innovazioni del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 non è possibile sottacere come le tendenze evidenziate cerchino una copertura normativa nella centralità che assume lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella sistematica del nuovo Trattato. Sul punto specificamente, 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 e R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, 2008, p. 19-22. Più in generale, cfr. L. DANIELE, *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, in *Guida al diritto/Diritto comunitario e internazionale*, n. 6, 2007, p. 11; L. IDOT, *Traité simplifié, traité réformateur ou traité de Lisbonne ...?*, in *Europe*, 2007, p. 1 ss.; B. NASCIBENE - A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una*

giurisdizione comune rispetto a quella interna degli Stati membri con particolare riferimento a quel settore privilegiato costituito dalla tutela dei diritti fondamentali e dalla giurisprudenza CEDU ricadente sull'ordinamento giuridico italiano (soprattutto in tema di diritto penale e processuale penale). Ormai, il sistema comunitario-unionistico si profila come un insieme di valori, di competenze e di principi normativi, interpretativo-giurisprudenziali dove essenziale è il coordinamento con il sistema CEDU e con il sistema costituzionale interno, quali parti coerenti e compatibili di un'unica visione di tutela internazionale dei diritti umani. Ne deriva, pertanto, che l'effetto "revisionistico" non è soltanto quello riformatore o innovativo normalmente riservato ai Trattati istitutivi e gli atti propri dell'Unione, esistendo anche un revisionismo "strisciante" ed un effetto modificativo di nuova configurazione di alcuni istituti del diritto nazionale, che deriva in senso proprio dall'impatto prodotto dalle giurisprudenze delle Alte Corti europee, nonché dalla Corte costituzionale italiana nella loro opera di rilevazione di vecchi e nuovi orientamenti propri dello *ius commune* europeo².

Più in particolare, nei rapporti tra sistemi giuridici "sovranzionali" e nazionali, è stato diverse volte evidenziato il concorso di una pluralità di fonti normative e prassi giurisprudenziali dirette alla progressiva formazione di uno *ius commune*, attestato su valori, principi, diritti e libertà, per così dire, "standardizzati". Ormai da lungo tempo, l'impatto delle fonti "europee" sull'ordinamento giuridico italiano è stato oggetto di un'annosa e cospicua casistica degli effetti prodotti. "Revisioni" costituzionali e legislative dell'ordinamento della Repubblica e di intere discipline di settore (codice del consumo, dell'ambiente, dei lavori pubblici, ecc.), così come l'adeguamento agli accerta-

svolta?, reperibile su www.forumcostituzionale.it; MARIO PANEBIANCO, *L'Unione europea post costituzionale: verso il Reform Treaty*, in questa Rivista, 2007, p. 601-612; F. POCAR, *Gli obiettivi dell'Europa nel nuovo Trattato: un compromesso tra luci e ombre*, in *Guida al diritto/Diritto comunitario e internazionale*, n. 4, 2007, p. 8-9; P. PONZANO, *Le traité de Lisbonne: l'Europe sort de sa crise institutionnelle*, in *Revue du droit de l'union européenne*, 2007, p. 569-584; G. STROZZI, *Prime considerazioni sul Trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, 2008, p. 4-6; 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. 8-10; E. TRIGGIANI, *La speranza di un rilancio*, in *Sud in Europa*, 2007, p. 1-2; J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007; F. CAPELLI, *Riflessioni sul trattato di Lisbona*, in *Bulletin européen*, 2008, p. 1-2; L. DANIELE, *L'architettura dei due nuovi Trattati e i loro rapporti reciproci*, in *Sud in Europa*, 2008, p. 7-9; S. GRILLER - J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty: EU constitutionalism without a constitutional treaty?*, Wien, Springer, 2008; P. PASSAGLIA, *Il Trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti*, in *Foro it.*, 2008, c. 40-44; E. TRIGGIANI (a cura di), *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, Levante Editori, 2008; J. NERGELIUS, *The EU Constitution in a Comparative and Historical Perspective. Analysis of the Lisbon Treaty and its Importance*, Berlin, Springer, 2009.

² Ormai da tempo buona parte della dottrina riferisce di una tutela multilivello dei diritti umani nella costruzione di uno *ius commune*. Tra gli altri, cfr. AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione. Atti del Convegno (Milano, 4 aprile 2003)*, Milano, Giuffrè, 2004; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, 2006, p. 16 ss. e G. BISOGNI - G. BRONZINI - V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, Chimienti Editore, 2007, p. 281 ss.

menti giurisdizionali di incompatibilità della normativa nazionale ad opera della Corte di giustizia, hanno costituito l'apporto sostanziale della nostra partecipazione all'Unione europea.

Sebbene risulti improprio l'utilizzo del termine "revisione", esso viene impiegato nel presente contesto, in senso *lato* o "atecnico" come effetto di modifica o "correzione" conseguente ai rapporti tra sistemi giuridici e giurisdizionali (nazionale, comunitario-unionistico, europeo)³ e, in senso stretto, con specifico riferimento all'effetto prodotto dalla giurisprudenza di Strasburgo nella nota vicenda processuale italiana del c.d. caso *Dorigo* in materia, appunto, di revisione di sentenze definitive penali per iniquità del processo nazionale. Tale vicenda, che ha visto il suo epilogo nella pronuncia della Corte costituzionale del 16 aprile 2008, n. 129, ha costituito anche l'occasione per richiamare altre due note sentenze del Giudice delle leggi del 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349 che, sebbene intervenute in precedenza ed aventi ad oggetto la differente tutela del diritto di proprietà, hanno indotto la Consulta ad una statuizione sui rapporti tra sistemi normativi e conseguenti interpretazioni giurisprudenziali. Nell'uno come negli altri casi, infatti, risultava determinante l'impatto prodotto dal sistema CEDU in materia di tutela dei diritti umani (equo processo e diritto di proprietà) sul sistema giuridico e giurisdizionale italiano⁴.

³ Basti pensare all'attività interpretativa della Corte di Strasburgo che si è imposta nella materia dell'equo indennizzo per violazione del principio della ragionevole durata del processo rientrando nel più ampio diritto ad un processo equo di cui all'art. 6 CEDU. Pertanto, l'ammontare del danno risarcibile, secondo lo strumento predisposto dalla nota legge n. 89 del 24 marzo 2001, recante «Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile» (in *Guri* n. 78 del 3 aprile 2001), è stato determinato alla luce dei parametri fissati a livello europeo a partire dalle sentenze delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341 del 26 gennaio 2006, su cui v. per tutti, C. ZANGHÌ, *Le Sezioni Unite risolvono il contrasto fra la Cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista della Cooperazione giuridica internazionale*, 2004, p. 7 ss. e A. DI STASI, *Conflitti e pseudo-conflitti sulla «ragionevole» durata del processo italiano ed europeo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 225 ss.

⁴ Come è noto, tali sentenze conseguono a differenti questioni di legittimità costituzionale sollevate rispettivamente: nel primo caso dalla Corte di appello di Bologna (ordinanza del 15 marzo 2006) ed avente ad oggetto l'art. 630 c.p.p. nella misura in cui esclude dai *casi di revisione del processo* quello in cui sia intervenuta sentenza della Corte europea che accerti la violazione dell'art. 6 CEDU (diritto ad un processo equo) per contrasto con gli artt. 3, 10 e 27 Cost. (in *Guida al Diritto*, n. 20, 2008, p. 60 ss. con commento di A. CISTERNA ed anche M. REPETTO, *La Corte costituzionale respinge l'ipotesi di "revisione europea": un'occasione mancata?*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2008, p. 929 ss.); negli altri due casi dalla Corte di cassazione (ordinanze n. 11887/06 e n. 12810/06) e dalla Corte di cassazione e Corte di appello di Palermo (ordinanze del 20 maggio 2006 e del 29 giugno 2006) in materia di entità dell'indennizzo dovuto per la privazione di proprietà. Più specificamente, le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 (in *Giur. Cost.*, 2005, p. 3475 ss. e p. 3535 ss.) riguardavano rispettivamente: la determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili (ai sensi dell'5-bis del decreto-legge n. 333 dell'11 luglio 1992, *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 nella parte in cui prevedeva il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni ed il reddito dominicale rivalutato, disponendo altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992); il risarcimento del danno subito dall'occupazione acquisitiva di alcuni terreni, sui quali erano stati realizzati alloggi popolari ed opere di edilizia sociale, nonché il pagamento dell'indennità per l'occupazione temporanea degli stessi immobili (stesso art. 5-bis, questa volta comma 7-bis, aggiunto dall'art. 3, comma 65 della legge n. 662 del 23 dicembre 1996,

Ne è derivata la necessità di chiarire il rango delle norme e della giurisprudenza CEDU, anche e soprattutto al fine di fissare le modalità di "disapplicazione" delle norme nazionali contrastanti. Ciò in quanto gli effetti "revisionistici" evidenziati (ed in prosieguo meglio specificati) conseguono ad una forma di monitoraggio e di "auditing" diffuso e permanente sulla conformità tra sistemi giuridici da parte dei giudici nazionali. Dando per "acquisiti" gli effetti del diritto comunitario, resta, tuttavia, da chiedersi se gli stessi siano riconducibili anche alle norme ed alle sentenze CEDU.

Tralasciando i rapporti o i possibili rapporti tra il sistema convenzionale CEDU e l'ordinamento comunitario-unionistico⁵, la breve indagine che si intende condurre riflette anche sulla possibile "analogia" tra gli effetti prodotti dai suddetti sistemi normativi. Più in particolare, le norme CEDU hanno vis-

Misure di razionalizzazione della finanza pubblica). Le violazioni contestate, in entrambi i casi riguardavano l'art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della CEDU, nonché l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa sulla tutela del diritto di proprietà. Ebbene, tali due ultime sentenze rilevano ai fini del presente scritto nella misura in cui la Corte di cassazione – pur richiamando la sentenza *Scordino*, Grande Camera, 26 marzo 2006, con la quale «(...) la Corte di Strasburgo ha rilevato la strutturale e sistematica violazione da parte del legislatore italiano, dell'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione europea (...)» per la quantificazione dell'indennità in modo irragionevole rispetto al valore del bene – solleva l'incidente di legittimità costituzionale perché, a suo avviso, va escluso che «(...) in mancanza di una disciplina specifica e precettiva in sede sovranazionale dei criteri di liquidazione del ristoro dovuto ai soggetti espropriati, possa sussistere un potere del giudice italiano di disapplicare la legge interna». La disapplicazione del criterio nazionale potrebbe avallare una «(...) funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estraneo al nostro sistema costituzionale» (ord. 12810/06, 4.2). Come è noto, ma come si vedrà meglio nel prosieguo, la Corte costituzionale esclude l'effetto "disapplicativo" ad opera dei giudici rilevando le differenze tra ordinamento comunitario e sistema convenzionale CEDU.

⁵ Peraltro, tali rapporti sono stati già più volte oggetto nel corso degli anni di attenzione anche nei termini di una conflittuale sovrapposizione tra sistemi normativi. Basti ricordare il parere della Corte di giustizia comunitaria del 28 marzo 1996 (parere n. 2/94, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1759) sul diniego di adesione alla CEDU, su cui, tra gli altri, v. O. DE SCHUTTER - Y. LEJEUNE, *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cah. dr. eur.*, 1996, p. 555-606; J. F. FLAUSS, *L'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes du 28 mars 1996*, in *Bulletin des droits de l'homme*, 1996, p. 1-19; L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 839-861; P. WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1996, p. 467-491; P. BEAUMONT, *The European Community Cannot Accede to the European Convention on Human Rights*, in *The Edinburgh Law Review*, 1997, p. 235-249; A. BULTRINI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 97-114; U. LEANZA, *Brevi osservazioni sulla posizione del Governo italiano in merito alla adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Relazioni Internazionali*, 1997, p. 559 ss.; G. TIBERI, *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 437-469; C. ZANGHÌ, *Un'altra critica al parere 2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, Giuffrè, 1998, I, p. 1101. La questione dell'adesione torna ad essere oggetto di specifica attenzione con il Trattato costituzionale di Roma del 29 ottobre 2004 (art. I-9), ed ancor più oggi in seguito al Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (art. 6). Inoltre, che occorra una comunicabilità-compatibilità tra i due sistemi risulta anche dall'art. 59 della CEDU come modificato dal Protocollo n. 14 (Strasburgo, 13 maggio 2004, reperibile su www.coe.int), il quale prevede al par. 2 che «l'Unione europea può aderire alla presente Convenzione».

suto e vivono, soprattutto negli ultimi anni, un procedimento ermeneutico, sotto alcuni aspetti, analogo a quello avvenuto in sede di applicazione del diritto comunitario. Quanto tutto questo possa ripercuotersi a livello di ordinamento nazionale trova la sua "punta dell'iceberg" nella sentenza 25 gennaio 2007, n. 2800, pronunciata sempre sul caso *Dorigo* dalla Corte di cassazione (I sezione penale), la quale, dando definitivamente esecuzione al rapporto della Commissione europea del 9 settembre 1998 avrebbe "disapplicato" la norma costituzionale sul giudicato penale⁶.

Di questa sentenza ci si intende, più precisamente, occupare, in primo luogo, perché la stessa, quale modalità di esecuzione degli obblighi convenzionali (art. 46 CEDU), interviene prima che la Corte costituzionale si pronunci sulla questione di legittimità costituzionale (sentenza della Corte costituzionale n. 129/08, sopra citata) sollevata dalla Corte di appello di Bologna. In secondo luogo, perché la stessa, inserendosi in una serie di pronunce di giudici nazionali, per così dire, esplicative degli effetti delle norme e delle sentenze CEDU⁷, costituisce l'occasione per un breve confronto conclusivo con gli effetti "revisionistici" prodotti da altre significative sentenze, pronunciate questa volta dalla Corte di giustizia, per la fissazione di *standard* so-

⁶ In tale sentenza (in *Guida al diritto*, n. 9, 2007, p. 74 ss. con commento di A. SCALFATI, *I giudici offrono un «rimedio tampone» in attesa che si colmi il vuoto legislativo*, p. 80 ss.), l'art. 27 Cost., che al comma 2 sancisce la colpevolezza dell'imputato solo a seguito di condanna definitiva (la ben nota presunzione di innocenza), avrebbe finito per essere disapplicato come conseguenza della non definitività della sentenza penale nazionale per effetto della successiva incidenza del giudicato europeo e delle relative misure di esecuzione. Peraltro non possono escludersi considerazioni più caute tendenti a ricondurre tali effetti ai rapporti "fisiologici" tra livelli ordinamentali. Proprio le condizioni di ricevibilità di cui all'art. 35 CEDU presuppongono che la Corte di Strasburgo possa essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interno ed entro sei mesi a decorrere dalla data della *decisione interna definitiva*. Il punto è semmai la progressiva indicazione di misure esecutive diverse dall'equa soddisfazione di cui all'art. 41 CEDU, ma su questo punto si tornerà in seguito (*infra*, par. 2).

⁷ Oggetto di trattazione sarà, in particolare, la suddetta sentenza, ma il riferimento è anche ad altre sentenze, sia della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia dei giudici nazionali, che hanno condotto alla formazione di orientamenti giurisprudenziali ed all'introduzione di conseguenti modifiche legislative. Nella specie, la sentenza 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, (in *Guida al diritto*, 2005, n. 5, p. 92 ss. con commento di M. REMUS, *Contrario alla Convenzione l'ordinamento interno che non assicura la possibilità di un nuovo processo*, p. 99 ss.), oggetto, altresì, di una pronuncia definitiva della Grande Camera il 1^a marzo 2006 (su cui A. GIANANTI, *Riflessioni in ordine all'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e agli obblighi di riparazione a carico dello Stato soccombente con particolare riguardo al caso Sejdovic c. Italia*, reperibile su www.sioi.org) da cui l'introduzione della legge n. 60 del 22 aprile 2005 (in *Guri* n. 94 del 22 aprile 2005) di modifica dell'art. 175 c.p.p. Ancora la sentenza 28 agosto 1991, *Cat Berro c. Italia*, che aveva condotto la Corte di cassazione, Sezione I penale, ad emettere la sentenza 22 settembre-3 ottobre 2005, n. 35616, (in *Guida al Diritto*, 2005, n. 43, p. 84 ss. con commento di E. SELVAGGI, *I dispositivi della Corte europea possono travolgere il giudicato*, p. 86 ss.) e poi la sentenza 15 novembre 2006-2 febbraio 2007 (in *Corr. giur.*, 2007, p. 688 con commento di R. CONTI) e la sentenza 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, (in *Cass. pen.*, 2004, p. 3797 con nota di A. TAMIETTI, *Iniquità della procedura contumaciale ed equa riparazione sotto forma di restitutio in integrum: un passo verso un obbligo giuridico degli Stati membri alla celebrazione di un nuovo processo?*, p. 3801 ss.) in seguito alla quale la Corte di cassazione, Sezione I penale, emette sentenza 12 luglio-3 ottobre 2006, n. 32678 (in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, p. 85 ss.). In ogni caso, ai fini di un inquadramento generale della problematica, sia consentito rinviare per tutti a F. M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

stanziali e processuali della tutela penale. In terzo luogo, perché anche la più recente giurisprudenza comunitaria, seppur in relazione a fattispecie del tutto diverse, sembrerebbe ancorare la "corretta" formazione del giudicato nazionale al rispetto dei rimedi giurisdizionali propri dell'ordinamento comunitario (rinvio pregiudiziale o considerazione della «questione comunitaria» da parte del giudice nazionale)⁸.

Come si vedrà, il risultato a cui si giunge con riferimento alle norme ed alla giurisprudenza CEDU è di segno opposto. A fronte dell'accresciuto *pressing* dei giudici europei sul sistema giuridico italiano, si individua un vero e proprio *overruling* della Corte costituzionale italiana. Quest'ultima traccia, infatti, una terza via (controllo accentrato di legittimità costituzionale) rispetto a quelle tradizionali dell'osservanza dei Trattati internazionali ed europei e di quelli comunitari (norme *self-executing* o prevalenza del diritto speciale e primato del diritto comunitario)⁹.

A tanto la Corte perviene senza, tuttavia ribadire la "fondamentalità" dei diritti umani¹⁰ tali da richiedere, comunque, una continua vigilanza del Parlamento nazionale e della stessa in qualità di giudice delle leggi. Forse in risposta alla specie di *forum shopping* dei titolari di tali diritti che dinanzi ai giudici ordinari chiedono la prevalenza della norma e giurisprudenza CEDU con la parallela disapplicazione delle norme e delle sentenze civili e penali difformi. Pur essendo troppo presto per valutare i futuri impatti nel dialogo tra le tre Corti (Strasburgo, Lussemburgo, Roma-Corte costituzionale), quello che è certo è la frapposizione di un ostacolo processuale all'uso, per così dire, "lo-

⁸ Anche la Corte di giustizia, infatti, con alcuni recenti pronunce, che si innestano sul "vecchio" filone giurisprudenziale della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, finisce per incidere sui sistemi processuali nazionali e, in particolare, sulle norme strumentali di garanzia della cosa giudicata. Sul punto v. *infra*, par. 4.

⁹ In tale quadro, con le due sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la Corte costituzionale si pronuncia sul novellato art. 117 Cost., comma 1, ritenendolo norma interposta, ispirata ad un criterio gerarchico di superiorità rispetto alla legge ordinaria e di inferiorità rispetto alla Costituzione. È ovvio che una simile interpretazione si discosta, sia dal criterio della specialità *ratione materiae* e *ratione personae* che vuole la preminenza applicativa della norma convenzionale *self-executing* (B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 569 ss.; E. CANNIZZARO, *Solo la norma comunitaria a effetto diretto consente di disapplicare la legge interna*, in *Guida al Diritto/Diritto comunitario e internazionale*, 2008, n. 3, p. 17 ss.; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2008, p. 321 ss.), sia dal valore assiologico-sostanziale della Costituzione italiana per cui alcuni diritti di origine esterna partecipano ad operazioni di "bilanciamento" con i diritti costituzionali (A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 215 ss.).

¹⁰ Per L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss. la prevalenza del criterio della specialità risulterebbe assolutamente inadeguato per le norme della CEDU «(...) la cui vocazione ed il cui ruolo sono di contribuire ad identificare i valori supremi cui l'ordinamento giuridico di ogni Stato parte deve ispirarsi e conformarsi nella sua interezza». Le critiche dell'A. riguardano anche l'art. 117, comma 1, Cost. laddove equipara tutti gli obblighi internazionali di fonte convenzionale senza porre l'accento sulla "fondamentalità" dei trattati di tutela dei diritti umani come la CEDU ed altri strumenti similari.

cale" o "quotidiano" della "disapplicazione", divenuto rimedio continuamente invocato dinanzi ai giudici nazionali¹¹.

2. "Revisione" di giudicato penale nazionale in un *decisum* della Corte di Strasburgo: caso *Dorigo*

È evidente che il "portale d'ingresso" del *dictum* della Corte europea dei diritti dell'uomo doveva essere rappresentato dalla "revisione" in senso tecnico, ossia dalla revisione come rimedio processuale finalizzato al riesame di una precedente cosa giudicata¹². Il che avrebbe dovuto significare ampliamento dei casi di revisione normativamente disciplinati dall'art. 630 del codice di procedura penale italiano, con l'inclusione dell'ipotesi di revisione nel caso di sentenza della Corte europea che accerti la non equità del processo (come, peraltro, comprovato dalle diverse proposte di modifica legislativa intervenute nel tempo e rimaste inattuato)¹³. Viceversa, la nostra Corte di cassazione nel caso *Dorigo* statuisce sull'ineseguibilità del giudicato penale, facendo leva, non sulla revisione, ma sulla illegittimità del titolo esecutivo ai sensi dell'art. 670 c.p.p.

A ben vedere, il caso in questione si inserisce nell'ambito delle più ampie problematiche delle possibili modalità esecutive delle sentenze della Corte di Strasburgo¹⁴ a cui l'art. 46 CEDU riconosce forza vincolante (*binding force*),

¹¹ Resterebbe da valutare se la soluzione della Corte costituzionale vada limitata al caso di specie in considerazione del fatto che la disapplicazione della norma nazionale avrebbe prodotto un *vacuum* normativo superabile solo con l'incidente di legittimità costituzionale ovvero debba applicarsi sempre. Sul punto si rinvia alle considerazioni del par. 3.

¹² Esula dall'oggetto della presente indagine l'analisi della revisione come strumento di impugnazione normativamente previsto nel codice di procedura penale italiano. Viceversa, la stessa rileva nella misura in cui è stata richiamata dalla Corte di Strasburgo e dal Comitato dei Ministri come la soluzione ottimale per la *restitutio in integrum* della parte lesa dalla violazione accertata, ovverosia come migliore o unica modalità esecutiva della sentenza. Nel caso *Dorigo*, il riferimento è alla mancata previsione nel diritto processuale penale italiano dell'ipotesi di revisione del processo (di cui appunto all'art. 630 c.p.p.) quando questo sia stato ritenuto non equo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (e prima ancora da parte della Commissione europea dei diritti dell'uomo).

¹³ Diversi sono stati, infatti, i disegni di legge presentati al fine di istituire un'ulteriore ipotesi di revisione qualora la Corte di Strasburgo accerti la violazione delle regole dell'equo processo. Basti pensare ai seguenti disegni di legge: 31 luglio 2001 n. 1447/C, Pepe e altri; 21 novembre 2001 n. 1992/C, Cola; 22 marzo 2005 n. 3354/C, Borea; 2 maggio 2006 n. 323/C (artt. 689 ss.), Pecorella e altri e 18 settembre 2007 n. 1797.

¹⁴ Già da tempo, l'obbligo di conformarsi alle sentenze CEDU e le possibili modalità esecutive delle stesse hanno costituito oggetto di attenzione da parte della dottrina. Tra gli altri, cfr. A. SINAGRA, *I rapporti della Corte europea dei diritti dell'uomo con le altre giurisdizioni internazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 548 ss.; V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, Levante Editori, 1992; B. CONFORTI - F. FRANCONI (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997; G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 422 ss.; B. CONFORTI, *Può il sistema di controllo instaurato dalla Convenzione europea essere reso più efficace?*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, Giuffrè, 1999, I, p. 111 ss. Più di recente,

nonché dell'esatta portata degli obblighi di riparazione conseguenti all'accertata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli atteso che l'art. 41 CEDU attribuisce alla Corte solo il potere di accordare «un'equa soddisfazione alla parte lesa» (*just satisfaction to the injured party*). A fronte del carattere dichiarativo delle sentenze e della discrezionalità degli Stati nella scelta delle loro modalità esecutive, la giurisprudenza CEDU ha, viceversa, progressivamente proceduto a concretizzare l'obbligo statale di conformarsi alle stesse, sull'assunto che l'accertata violazione di un diritto convenzionalmente tutelato impone sul piano internazionale l'obbligo dello Stato di porre fine al comportamento illecito e di provvedere alla sua riparazione nelle diverse forme possibili. Ne è conseguito, anche nella prassi del Comitato dei Ministri, un crescente orientamento a cumulare l'equa soddisfazione, convenzionalmente prevista (art. 41), con l'indicazione di altre misure¹⁵.

Nella specie, trattasi di misure individuali di *restitutio in integrum* adottate anche in considerazione della tipologia della violazione accertata. In questo senso, si sono verificati casi in cui la reintegrazione della vittima nello *status*

cfr. I. C. BARRETO, *L'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte europea sulla giurisprudenza nazionale*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, p. 99 ss.; B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2002; C. ZANGHÌ - K. VASAK (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: 50 anni di esperienza. Gli attori e i protagonisti della Convenzione: il passato, l'avvenire*, Messina, 20-22 ottobre, Torino, Giappichelli, 2002; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2004; L. CAFLISH, *New practice regarding the implementation of the judgments of the Strasbourg Court*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2005, p. 3 ss.; R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, *Atti del Seminario, Ferrara, 9 marzo 2007*, Torino, Giappichelli, 2007. Ed ancora *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Quaderno n. 7 della *Comunità Internazionale*, Napoli, 2003.

¹⁵ La progressiva tendenza ad indicare misure di esecuzione delle sentenze, sì da limitare la discrezionalità degli Stati nella scelta dei mezzi, non trova riscontro nelle disposizioni convenzionali atteso che, come è noto, sulla base del combinato disposto degli artt. 41 e 46 della CEDU non risultano prescritte misure ulteriori rispetto all'equa soddisfazione (da intendersi, tra l'altro, come rimedio sussidiario accordato dalla Corte qualora il diritto interno dello Stato «(...) non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze (...)» della violazione della Convenzione o dei suoi protocolli); né risultano prescritte particolari modalità di esecuzione delle sentenze, rimesse, viceversa, alla discrezionalità degli Stati, i quali «(...) si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte», sebbene sotto il controllo del Comitato dei Ministri «(...) che ne sorveglia l'esecuzione». Pertanto, la successiva indicazione di misure da adottare in esecuzione delle sentenze è stata dalla dottrina ricondotta alla competenza della Corte (analoga a qualsiasi altro tribunale internazionale) di dare applicazione ai principi di diritto internazionale generale in materia di responsabilità degli Stati (su cui cfr. per tutti, R. LUZZATTO, *La Corte dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, I, Milano, Giuffrè, 1975, p. 433 ss.). In particolare tale tendenza risalente alla sentenza 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos et altri v. Greece* (in *ECHR Series A*, No. 330-B, par. 34 e par. 36 su cui v. P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restitutio in integrum ed equa soddisfazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 152 ss.) è stata successivamente ribadita dalla Corte, nonché confermata dal Comitato dei Ministri in sede di controllo sull'esecuzione (cfr. le risoluzioni n. 245 e n. 529 del 1999 relative alla sentenza 25 maggio 1998, *Partito socialista turco ed altri c. Turchia*). Per una ricostruzione dell'evoluzione dei poteri della Corte europea, delle sue sentenze e delle teorie dottrinali sul punto cfr., per tutti, il recente contributo di C. ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 29 ss.

quo ante è sembrata realizzabile solo attraverso la revisione del processo interno, indicata come la misura migliore (o addirittura l'unica) in grado di assicurare tale risultato¹⁶. Il riferimento è altresì alle misure generali dirette ad impedire la ripetizione di violazioni analoghe.

Il tutto anche come conseguenza, sia del processo di riforma istituzionale del sistema CEDU per il rafforzamento dell'efficienza del meccanismo giurisdizionale, nonché della forza vincolante e dell'efficacia delle sentenze¹⁷, sia di alcune pronunce di giudici nazionali che hanno riconosciuto alle norme CEDU una particolare forza di resistenza rispetto alle fonti di rango ordinario, ritenendole tra l'altro, norme attributive di diritti soggettivi perfetti¹⁸. Tradotto

¹⁶ In altri termini, la revisione del processo rileva laddove è l'unica misura in grado di eliminare le «(...) condizioni processuali di ingiustificato svantaggio (la c.d. perdita di *chances*) in cui è stata posta la vittima attraverso la celebrazione di un nuovo giudizio rispettoso delle garanzie precedentemente violate», così, A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 618 ss., per il quale, inoltre, la revisione dei processi trova oggi nella prassi del Comitato dei Ministri un fondamentale punto di riferimento tanto da indurlo a fornire un inquadramento sebbene sotto forma raccomandatoria: Raccomandazione R (2000) 2 adottata il 19 gennaio 2000 (in *Dir. Pen. e Proc.*, 2000, p. 391 ss.) che invita gli Stati a prevedere il riesame o la revisione del processo in esecuzione di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo allorquando: *a.* la parte lesa continua a soffrire delle conseguenze negative gravi a causa della decisione nazionale, conseguenze che non possono essere compensate attraverso l'equa riparazione, ma solo dal riesame o dalla revisione del processo; *b.* dalla sentenza della Corte europea risulti che la sentenza interna viola la Convenzione; *c.* la violazione contestata è causa di un errore o di una carenza della procedura di una tale gravità da ingenerare seri dubbi sull'esito del processo. Ciò anche in corrispondenza del rafforzato ruolo di controllo del Comitato dei Ministri risultante dalle nuove regole relative all'applicazione dell'art. 46, par. 2 della CEDU approvate il 10 gennaio 2001, in particolare la regola n. 3 lett. *b.*

¹⁷ Notoriamente, l'intero sistema CEDU, grazie allo strumento dei protocolli addizionali, si è progressivamente riformato. Da ultimo, con il Protocollo n. 14 del 13 maggio 2004 che è intervenuto per garantire un più efficace funzionamento della Corte e del meccanismo di controllo. Non potendo affrontare, in questa sede, le innovazioni introdotte si rinvia, tra gli altri, a: E. SAVARESE, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 714 ss.; U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *La Comunità internazionale*, 2004, p. 487 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il coordinamento tra la nuova condizione di ricevibilità prevista dal Protocollo n. 14 alla Convenzione europea e la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 601 ss.; B. NASCIMBENE, *Le protocole n. 14 à la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de ses travaux préparatoires*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, p. 531 ss.; F. SALERNO, *Le modifiche strutturali apportate dal protocollo n. 14 alla procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 377 ss. Tale ultimo Protocollo è stato ratificato dall'Italia con l. 15 dicembre 2005, n. 280 (in *Guri* n. 4 del 5 gennaio 2006). Hanno fatto seguito la l. 9 gennaio 2006, n. 12 recante *Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo* (in *Guri* n. 15 del 19 gennaio 2006), nonché il dpcm 1° febbraio 2007 sulle *Misure per l'esecuzione della legge 9 gennaio 2006, n. 12 recante disposizioni in materia di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo* (in *Guri* n. 83 del 10 aprile 2007). Si segnala, inoltre, il D.P.R. 28 novembre 2005, n. 289 sul *Regolamento recante integrazioni al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale* (in *Guri* n. 11 del 14 gennaio 2006) per l'iscrizione nel casellario giudiziario dell'estratto delle decisioni definitive adottate dalla Corte europea.

¹⁸ D'altronde, la valutazione degli effetti delle norme convenzionali e delle decisioni della Corte europea sono state più volte richiamate nelle pronunce delle giurisdizioni italiane di merito e di legittimità, nonché, seppur in modo altalenante, dalla stessa Corte costituzionale, sia come parametro integrativo dell'art. 2 Cost., (sul punto cfr. G. CARELLA, *Il diritto internazionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte Costituzionale*, Napoli, Edizione Scientifiche Italia-

in termini di effetti sugli ordinamenti nazionali, tutto ciò ha significato: sul piano legislativo, sollecitazioni ad interventi di riforma in presenza di carenze o "nodi strutturali" e sul piano giurisdizionale, incidenza sulla formazione dei giudicati interni o sui giudicati già formati. È in tale quadro, pertanto, che si inserisce il caso *Dorigo*, il quale indica ancora una volta la rinnovazione del processo, dichiarato non equo in sede europea, come modalità dell'obbligo di esecuzione, mettendo in difficoltà il sistema giurisdizionale italiano¹⁹.

Tanto è vero che le soluzioni percorse, oltre ad essere diverse, non sono state del tutto concordanti. Basti pensare alla Corte di appello di Bologna che sospende l'esecuzione della pena inflitta al Dorigo sull'assunto della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 630 c.p.p. ed in ossequio all'art. 46 CEDU; alla Corte di cassazione, che nella già citata sentenza n. 2800/07, precisa le competenze del giudice dell'esecuzione e conclude per la scarcerazione definitiva del Dorigo sull'assunto che il giudicato resterebbe "*neutralizzato*" (punto 6) per l'illegittimità del titolo esecutivo ai sensi dell'art. 670 c.p.p.; alla Corte costituzionale che, come si vedrà, "chiude la partita" giocando sulla infondatezza della questione con riferimento ai parametri costituzionali richiamati. Il tutto in conseguenza, non solo del rapporto adottato il 9 settembre 1998 dall'allora Commissione europea dei diritti dell'uomo, ma anche delle diverse risoluzioni intermedie del Comitato dei Ministri di fronte alla protratta inerzia dello Stato italiano nell'adottare le misure necessarie a rimuovere le conseguenze della violazione²⁰.

ne, 2006, p. 3 ss.), sia come «fonte riconducibile ad una competenza atipica» (cfr. P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2008, p. 311 ss. e U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 7 ss.).

¹⁹ Dal suo canto, la Corte ha rilevato come gli "*affaires de masse*" o i "*systemic problems*" in quanto derivanti da una mancanza strutturale dell'ordinamento statale siano tali da produrre un gran numero di violazioni analoghe e di conseguenti ricorsi. Cfr. la sentenza 22 giugno 2004, *Broniowski v. Poland*, (application no. 31443/96 su www.echr.coe.int, cfr. V. ZAGREBELSKY, *Violazioni 'strutturali' e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2008, p. 5 ss.) in cui la Corte sancisce che «In its judgment, the Court has expressly drawn attention to the existence of a systemic problem underlying the violation of the European Convention of Human Rights in the applicant's case. As this problem is likely to generate large numbers of similar cases». Inoltre, sugli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo pronunciate a seguito di ricorsi individuali per violazioni derivanti da problemi strutturali degli ordinamenti nazionali, tendenti ad individuare le lacune esistenti nei singoli Stati al fine di agire nell'interesse generale dell'ordine pubblico europeo, v. ancora, C. ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione della Corte*, cit. *supra*, nota 15, in part. p. 31 e p. 42 ss. per il quale l'obbligo di risultato previsto dall'art. 1 della Convenzione, e quindi l'esigenza di assicurare il rispetto dei diritti umani, comporterebbe l'obbligo degli Stati di consentire la *restitutio in integrum* anche attraverso la modifica dell'ordinamento interno (in part. p. 52).

²⁰ Per un commento della sentenza *Dorigo* si vedano, tra gli altri: L. DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1448 ss.; E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2247 ss.; D. NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. Pen.*

Tralasciando una descrizione dettagliata dei fatti²¹, il Dorigo veniva condannato, per i reati di associazione con finalità terroristica, ricettazione, banda armata, detenzione e porto illegale di armi, attentato per finalità terroristica e rapina, alla pena di 13 anni e sei mesi di reclusione (oltre alla multa di quattro milione di lire) dalla Corte di assise di Udine, la quale riteneva credibili le dichiarazioni di tre "coimputati-accusatori" fatte prima e successivamente lette nel dibattimento, in quanto concordanti tra loro e corroborate da più elementi che ne dimostravano la veridicità. Esperite le vie di ricorso interno con esito negativo²², la violazione che induce il Dorigo a ricorrere alla Commissione europea dei diritti dell'uomo consiste nell'essere stato condannato esclusivamente (non sussistendo altre prove a suo carico) sulla base di dichiarazioni la cui utilizzazione aveva intaccato la validità del processo non avendo egli potuto interrogare gli autori di tali dichiarazioni o contestarne in precedenza la veridicità. Nella specie, il Dorigo lamentava di non aver potuto beneficiare del diritto ad un processo equo di cui all'art. 6, par. 1, in particolare per la violazione del par. 3, lett. b., dello stesso in ragione dell'impossibilità di interrogare i testimoni a carico, che si erano avvalsi della facoltà di non rispondere.

Dichiarato ricevibile il ricorso, la Commissione europea dei diritti dell'uomo ricostruiva la vicenda giudiziaria del Dorigo e valutava gli elementi di diritto interno²³, concludendo per la violazione dell'art. 6, par. 1 e par. 3,

e Proc., 2007, p. 1229 ss.; P. PUSTORINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali*, in *Diritti umani e Diritto Internazionale*, 2007, p. 678 ss.; A. TAMINETTI, *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura dei processi*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1015 ss. Cfr. anche il commento di F. M. PALOMBINO, in *The Yearbook of International Law*, 2006, p. 317 ss.

²¹ Specificamente, il 2 settembre 1993, un congegno esplosivo era stato lanciato davanti alla zona logistica della base militare della NATO di Aviano. Il 13 settembre 1993, tramite un appello anonimo ad un quotidiano ed un documento ritrovato, il gruppo terroristico delle Brigate Rosse rivendicava l'attentato. Nelle indagini la polizia identificava alcuni sospettati di aver partecipato all'attentato di Aviano, le cui dichiarazioni conducevano all'arresto del Dorigo e di altri tre co-imputati. Rinvii a giudizio davanti alla Corte di assise di Udine, nella prima udienza di dibattimento del 6 giugno 1994, il P.M. chiedeva che si procedesse all'interrogatorio dei testimoni a carico, i quali essendo a loro volta co-imputati in procedure parallele, si avvalevano del diritto di non rispondere. La Corte di assise di Udine procedeva allora a dare lettura delle dichiarazioni che i testimoni a carico avevano fatto nella fase delle indagini (malgrado l'opposizione del difensore del Dorigo) e, in data 3 ottobre 1994, condannava il Dorigo secondo le imputazioni addebitategli.

²² Anche la Corte di assise di appello rigettava (il 15 giugno 1995) il ricorso proposto dal Dorigo ritenendo le dichiarazioni "extra-giudiziali" effettuate dai tre co-imputati: utilizzabili, sulla base di un orientamento della Corte costituzionale (sentenza 3 giugno 1992, n. 254); veritiere, in quanto riconducibili all'assunto, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, della pluralità delle dichiarazioni coerenti e convergenti tra di loro. Il Dorigo, pertanto, presentava ricorso per Cassazione ed anche questo veniva rigettato. Per cui, lo stesso, nei termini previsti dal sistema convenzionale CEDU, presentava la *requête enregistrée sous le N° de dossier 33286/96* all'allora Commissione europea dei diritti dell'uomo, mentre la sentenza nazionale diveniva irrevocabile il 27 marzo 1996.

²³ Nella specie, venivano valutati l'art. 513 del codice di procedura penale italiano come modificato a seguito della anzidetta sentenza n. 254/92 della Corte costituzionale che consentiva al giudice di utilizzare le dichiarazioni fatte da un testimone co-imputato prima del dibattimento, allorché quest'ultimo non fosse presente o si rifiutasse di rispondere, nonché la intervenuta modifica

lett. *d.* della CEDU. Ciò in quanto le esigenze del par. 3 rappresentano un aspetto particolare del diritto ad un processo equo (par. 1), da leggere, pertanto, in combinato disposto (punto 40). La stessa giungeva a questa conclusione osservando, in particolare, che il Dorigo non aveva potuto interrogare i testimoni a carico e che da nessun elemento era possibile rilevare l'opportunità dello stesso di confrontarsi con i suoi accusatori anche in una fase anteriore (punto 42).

La Commissione osservava, altresì, che, nonostante l'opposizione della difesa, tali dichiarazioni erano state utilizzate e che la condanna del Dorigo si basava esclusivamente sulle stesse (punto 43). Così come ricordava, anche a mezzo di sue precedenti sentenze, che «i diritti della difesa sono ristretti in maniera incompatibile con le garanzie dell'art. 6 allorché le deposizioni di un testimone, che non è stato possibile escutere pubblicamente ed in contraddittorio durante il dibattimento, costituiscono il principale, se non il solo, elemento di prova nella formazione del giudizio di condanna e allorché l'accusato, in alcun stadio anteriore, non ha la possibilità di interrogare il teste, né l'occasione di contestare la veridicità delle sue dichiarazioni che costituiscono le garanzie indispensabili all'esercizio del diritto alla difesa». Riteneva, quindi, che l'utilizzazione delle suddette dichiarazioni avesse violato il diritto a interrogare o far interrogare i testimoni a carico e che, pertanto, il Dorigo non aveva potuto beneficiare di un processo equo.

A tale rapporto facevano seguito le numerose risoluzioni intermedie del Comitato dei Ministri, le quali tra l'altro prendevano atto della carenza nell'ordinamento giuridico italiano di uno strumento per la revisione del processo in esecuzione di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, ritenuto, nel caso di specie, l'unico modo per rettificare e rimuovere le conseguenze gravi e continue delle violazioni contestate²⁴. Ciononostante, e cioè nonostan-

legislativa, con legge n. 267 del 7 agosto 1997, recante «Modifica delle disposizioni del codice di procedura penale in tema di valutazione delle prove», che, viceversa, non rendeva più utilizzabili le dichiarazioni fatte prima del dibattimento da parte dei testimoni a carico co-imputati se il contraddittorio non è rispettato, o in assenza, se le parti non sono d'accordo.

²⁴ Il rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo adottato il 9 settembre 1998, viene, quindi, trasmesso al Comitato dei Ministri, il 28 ottobre 1998. Quest'ultimo, atteso il passaggio dei tre mesi senza che la questione fosse sottoposta alla Corte europea dei diritti dell'uomo (ai sensi dei precedenti artt. 32 e 54 CEDU), comincia ad adottare una serie di risoluzioni intermedie esplicative di quella prassi in precedenza evidenziata di indicazione delle modalità esecutive di "rimozione" degli effetti pregiudizievoli della violazione accertata. Rispettivamente, la prima, il 15 aprile 1999, Risoluzione intermedia n. (99) 258 in cui, preso atto del rapporto della Commissione e convenendo con quest'ultima sulla violazione dell'art. 6, par. 1 e 3, lett. *d.*, decide di proseguire l'esame della questione; la seconda, il 19 febbraio 2002, Risoluzione intermedia n. (2002) 30 in cui – osservando che nell'ordinamento italiano «(...) l'absence de moyens de rouvrir les procédures contestées a rendu impossible de rectifier pleinement les conséquences grave et continues des violations constatées» – valuta con soddisfazione il processo legislativo italiano di modifica per adeguarsi alle decisioni della Corte (con l'impegno di estenderlo anche alle questioni decise dal Comitato dei Ministri), in conformità ai principi dallo stesso fissati nella Raccomandazione R(2000)2 (v. *supra*, nota 16); la terza, il 10 febbraio 2004, Risoluzione intermedia n. (2004)13 in cui, richiamandosi a quanto già in precedenza detto, osserva che il progetto di legge italiana esclude la revi-

te la mancata introduzione di una modifica legislativa in tal senso, il Comitato dei Ministri con la risoluzione finale del 2007, dopo aver esaminato le misure prese dallo Stato italiano²⁵, decide di chiudere l'esame della questione. Ciò perché, con la anzidetta sentenza n. 2800/07, la Corte di cassazione statuiva in punto di diritto, che «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare a norma dell'art. 670 c.p.p. l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo», disponendo, pertanto, l'immediata liberazione del Dorigo.

A ben vedere, la sentenza della Cassazione "chiude" un *iter* giudiziario abbastanza complesso ritenendo sussistente nel nostro ordinamento, se non uno strumento per la rinnovazione del processo ritenuto non equo dalla Corte europea²⁶, quanto meno un meccanismo di controllo sulla legittimità del titolo

sione del processo per certe violazioni particolarmente gravi come quelle del caso *Dorigo* per cui invita le autorità italiane ad assicurare nel più breve tempo possibile l'adozione delle misure necessarie a rimuovere le conseguenze della violazione. Con la quarta, Risoluzione intermedia n. (2005)85 del 12 ottobre 2005, il Comitato dei Ministri – disapprovando il fatto che le autorità italiane non hanno ancora preso misure per la *restitutio in integrum* attraverso la revisione del processo, constatando che i progetti di leggi italiane adottate dal 2002 al 2005 o escludono la possibilità della revisione per le fattispecie criminose come quella commessa dal Dorigo o, seppur la prevedono, ne escludono l'applicazione per ragioni temporali –, richiede l'adozione nel breve tempo di una legislazione che consenta il riesame del caso *Dorigo* conformemente alla Convenzione, decidendo di continuare ad esaminare il caso.

²⁵ Pur non essendo stata introdotta una modifica legislativa, come indicata e richiesta dal Comitato dei Ministri, quest'ultimo, in ogni caso, ritiene che lo Stato italiano abbia adempiuto alle proprie funzioni in base al vecchio art. 32 della CEDU, e nella Risoluzione finale CM/ResDH (2007)83 dà finalmente conto: dell'equa riparazione; delle misure individuali per mettere fine alla violazione e per rimuoverne gli effetti; delle misure generali in grado di prevenire simili violazioni. In particolare, il Comitato prende atto che: 1. il Governo italiano ha proceduto al pagamento della somma di lire 7.000.000 per danno patrimoniale e 5.000.000 per danno morale; 2. pur non essendo state introdotte misure specifiche, la procedura di revisione, intentata dal Dorigo davanti alla Corte di appello di Bologna, ha condotto quest'ultima a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma italiana che non permette la revisione del processo in esecuzione di una sentenza della Corte europea ed a sospendere l'esecuzione della pena, ponendo il Dorigo in stato di provvisoria libertà dal marzo 2006 (ordinanza del 15 marzo 2006, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2959 ss.); 3. l'azione introdotta dal Procuratore della Repubblica di Udine prima davanti alla Corte di Assise, poi davanti alla Corte d'assise di appello ed infine alla Corte di cassazione, ha condotto quest'ultima ad annullare senza rinvio la decisione della Corte di assise ed ordinare la liberazione definitiva del Dorigo; 4. l'introduzione dell'art. 111 Cost. attribuisce rango costituzionale ai principi del giusto processo; 5. l'art. 513 c.p.p. è stato ulteriormente modificato dalla legge n. 35 del 25 febbraio 2000 e dalla legge n. 63 del 1° marzo 2001, che hanno apposte ulteriori garanzie all'utilizzo delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare.

²⁶ Analogamente, la nostra Corte di cassazione non ignora che «(...) il mezzo processuale idoneo ad attivare la rinnovazione del processo è stato introdotto soltanto per i processi contumaciali (art. 175, comma 2, c.p.p., novellato dall'art. 1, comma 1, lett. b. del d.l. n. 17 del 21 febbraio 2005, convertito con l. n. 60 del 22 aprile 2005, di cui al caso *Somogyi*, v. *supra*, nota 7), mentre nessun rimedio è stato previsto per i casi nei quali la non equità del processo sia stata dichiarata dalla Corte europea in relazione alla constatata violazione dell'art. 6, § 3 lett. d. nella formazione

esecutivo ai sensi dell'art. 670 c.p.p. di cui al corrispondente art. 5, par. 4, della CEDU in base al quale «ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha diritto di indirizzare un ricorso ad un tribunale affinché esso decida, entro brevi termini, sulla legalità della sua decisione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale»²⁷. La Corte di cassazione conclude in questo senso richiamando l'obbligo del giudice italiano di conformarsi alle sentenze della Corte europea, riconoscendo l'*ineseguibilità* di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un processo ritenuto non equo a prescindere dall'esistenza di una disposizione ad *hoc* sulla rinnovazione. Ciò perché non si può considerare legittima «(...) una detenzione fondata su una sentenza di condanna pronunciata in un giudizio nel quale siano state poste in essere violazioni delle regole del giusto processo accertate dalla Corte europea» in quanto tali violazioni rendono «(...) non "équitable" non soltanto la procedura seguita, ma anche la pronuncia di condanna (...)»²⁸.

La Corte di cassazione arriva a tali conclusioni anche suffragando la sua interpretazione con alcune considerazioni più generali. Richiama, pertanto, la legge 22 aprile 2005, n. 69 di attuazione della decisione-quadro n. 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo che all'art. 2 ne subordina l'esecuzione al rispetto della CEDU e, in particolare degli artt. 5 e 6, e ritiene, inoltre, che la prolungata inerzia dell'Italia corrisponde ad una violazione dell'art. 46 CEDU²⁹ qualificabile come «flagrante diniego di giustizia» e che

della prova posta a base della sentenza di condanna» (corsivo aggiunto). Così come «(...) non ignora che in Parlamento, nella XIV Legislatura, sono stati presentati disegni di legge diretti ad inserire nel codice di procedura penale l'art. 630-bis contenente la previsione di un nuovo caso di revisione quando una sentenza della Corte europea abbia accertato che nel corso del giudizio sono state violate le disposizioni di cui all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (punto 7).

²⁷ Nella specie, la Corte di cassazione annullava senza rinvio l'ordinanza con cui la Corte di assise di Udine, in funzione di giudice dell'esecuzione, aveva rigettato la richiesta del Procuratore della Repubblica presso il locale tribunale, presentata a norma dell'art. 670 c.p.p. (rubricato *Questioni sul titolo esecutivo*), qualificando la richiesta del P.M. appunto come «atto propulsivo di un incidente di esecuzione inquadrabile nella previsione dell'art. 670 c.p.p. (...)» (punto 2) e ritenendo, inoltre, che il rimedio di cui all'art. 5, par. 4 CEDU (c.d. controllo sulla perdurante legalità della detenzione) «(...) esiste nel nostro ordinamento e si identifica nella richiesta di incidente, che dà impulso alla procedura ex art. 670 c.p.p. (...)» (punto 6). In sostanza, ad avviso della Corte, l'inequità della fase processuale si proietta sull'atto giudiziario consequenziale comportandone l'*ineseguibilità*. Pertanto, non senza contraddizioni (come quella del giudicato che resta neutralizzato) sembrerebbe spostare la questione sul piano dell'esecuzione della sentenza di condanna. Inoltre, non va trascurata la circostanza che, nella specie, il Dorigo aveva scontato quasi interamente la pena detentiva inflitta nell'ambito del processo ritenuto non equo.

²⁸ Con ciò richiamando il caso *Somogyi* e ritenendo, in accoglimento delle contestazioni avanzate dal P.M., che se il giudice dell'esecuzione avesse applicato correttamente i principi relativi al valore immediatamente precettivo nell'ordinamento italiano delle norme della CEDU e delle decisioni della Corte europea che ne accertano la violazione «(...) avrebbe dovuto consequenzialmente riconoscersi che la sentenza di condanna aveva perduto l'efficacia di titolo legittimo di detenzione anche a norma dell'art. 5, par. 2 lett. a. della stessa Convenzione» (punti 3 e 4), secondo cui «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: a. se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente (...)».

²⁹ In considerazione della forza vincolante delle sentenze della Corte europea e dell'effettività

l'esecuzione della pena non può cessare «(...) soltanto se e quando verrà meno l'illecito diniego di giustizia» (punto 7). Per cui la stessa conclude per «l'inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza del 3 ottobre 1994 della Corte di assise di Udine, irrevocabile il 27 marzo 1996» (punto 8).

Tali argomentazioni conseguono, altresì, alla presa d'atto di un incidente di legittimità costituzionale dell'art. 630, lett. *a*. c.p.p. (punto 7). Tale questione, come già detto, era stata sollevata dalla Corte d'appello di Bologna in seguito ad istanza di revisione presentata dal difensore del Dorigo che scontava la residua parte della condanna in regime di detenzione domiciliare. In pendenza dell'incidente di costituzionalità ed atteso il vuoto normativo esistente la Corte di cassazione ritiene, appunto, di porre fine alla carcerazione del Dorigo, anche in considerazione di una attesa sentenza additiva della Corte costituzionale sull'art. 630 c.p.p.

3. *Overruling* della Corte costituzionale sulle norme e la giurisprudenza CEDU

Contrariamente alle aspettative, la Corte costituzionale esclude la possibilità di emanare una sentenza additiva ed in più dichiara non fondata la questione sollevata con riferimento ai parametri di costituzionalità richiamati. Nella specie, era stato rilevato il contrasto dell'art. 630, lett. *a*. c.p.p. con gli artt. 3, 10 e 27 della Costituzione come da ordinanza di remissione del 15 marzo 2006. Ebbene, la Corte costituzionale esclude qualsiasi contrasto, pur pronunciando una "sentenza-monito" per il legislatore italiano e riconducendo la questione alle modalità esecutive dell'obbligo dello Stato «di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo (...)» (considerato in diritto, punto 3)³⁰.

della loro esecuzione, accresciute, ad avviso della Corte di cassazione, a seguito della nuova formulazione dell'art. 46 conseguente all'approvazione del Protocollo n. 14 del 13 maggio 2004, così come degli altri interventi del legislatore italiano (v. *supra*, nota 17).

³⁰ Le argomentazioni avanzate dalla Corte costituzionale nell'incidente di costituzionalità sollevato nel caso *Dorigo* controbattono alle violazioni rilevate dalla Corte rimettente per la quale l'art. 630, lett. *a*. c.p.p. avrebbe, innanzitutto, dato luogo ad una disparità di trattamento contraria all'art. 3 Cost. nella parte in cui esclude dai «fatti inconciliabili», tali da determinare la rinnovazione del processo, quelli accertati a seguito di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 6 CEDU. A fronte di quello che la stessa Corte costituzionale definisce come «assenza di un apposito rimedio nel nostro sistema processuale penale», la Corte d'appello di Bologna propone l'interpretazione estensiva dell'art. 630, lett. *a*. c.p.p. che includa quale presupposto della revisione, non solo la inconciliabilità di fatti storicamente intesi e stabiliti da due diverse sentenze, ma anche di «fatti» intesi come accertamento dell'invalidità della prova assunta nel precedente giudizio. Ciò con il supporto dell'art. 187, comma 2, c.p.p. che in tema di prove considera fatto anche quello da cui dipende l'applicazione di norme processuali. In contrapposizione, la Corte costituzionale esclude l'ipotizzata disparità di trattamento violativa dell'art. 3 Cost., attesa la non

In particolare, la Corte costituzionale supporta la sua linea interpretativa attraverso il richiamo alla "sistematica" del disegno di legge diretto all'introduzione dell'ipotesi di revisione "speciale" in caso di accertata iniquità del processo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratterebbe di un rimedio avente natura straordinaria. In tale ipotesi, non è, infatti, automatica la rinnovazione del processo, né tanto meno la rinnovazione dell'intero processo, ma solo «(...) degli atti cui le violazioni riscontrate dalla Corte di Strasburgo si riferiscono, con conseguente perdita di rilievo probatorio di quelli la cui pregressa assunzione era stata accertata come "iniqua"» (punto 6)³¹.

Escluso, pertanto, di poter raggiungere un simile risultato con una sentenza additiva³², la Corte costituzionale perviene ad una declaratoria di infon-

omologabilità fra i casi disciplinati dall'art. 630, comma 1, lett. a. c.p.p. e la situazione in esame. È soltanto il «fatto» storicamente inteso come accadimento della vita, a «(...) rendere necessario un nuovo scrutinio della base fattuale su cui si è radicata la condanna oggetto di revisione (...)». Né, a maggior ragione, vale il richiamo all'art. 187, comma 2, c.p.p. che, viceversa, ad avviso della Corte, confermerebbe come i fatti da provarsi per produrre un determinato effetto processuale (ad esempio l'impossibilità a comparire in udienza) sono sempre i fatti naturalisticamente intesi; né tanto meno può ritenersi che sia «(...) l'erronea valutazione del giudice a rilevare ai fini della rimozione del giudicato», in quanto se così fosse «(...) la revisione, da rimedio impugnatorio straordinario, si trasformerebbe in un improprio strumento di controllo (e di eventuale rescissione) della "correttezza", formale e sostanziale, di giudizi ormai irrevocabilmente conclusi» (punto 4.1). In ordine al secondo contrasto rilevato, la Corte d'appello di Bologna richiamava l'art. 10 Cost. sull'assunto che alcune norme della CEDU, in quanto riproduttive di analoghe norme internazionali di carattere consuetudinario, avrebbero dovuto trovare adattamento automatico nell'ordinamento interno. Il riferimento è ad alcune specifiche garanzie, tra le quali la presunzione d'innocenza, ed all'art. 4, par. 2, del Protocollo n. 7 che in relazione al principio del *ne bis in idem*, ammette la riapertura del processo nel caso di «vizio fondamentale nella procedura precedente (...) tale da incidere sulla sentenza emessa». Trattandosi di articoli per i quali, non solo non è ammessa deroga (come espressamente previsto, art. 4, par. 3.), ma, ad avviso del giudice rimettente, dovrebbe verificarsi adattamento automatico, l'art. 630, comma 1, lett. a. c.p.p. nella misura in cui esclude la revisione del processo nel caso di «vizio fondamentale nella procedura precedente» viola, altresì, l'art. 10 Cost. Anche in questo caso, la Corte costituzionale giudica infondata la violazione rilevata per due motivi. In primo luogo, perché la presunzione di innocenza e l'esigenza di salvaguardia del giudicato sottendono una *ratio* diversa; in secondo luogo, perché, richiamandosi ad una giurisprudenza in parte consolidata, sottolinea come la norma richiamata avendo natura pattizia (art. 6 CEDU) esula dal campo di applicazione dell'art. 10 Cost. (punto 4.2), che, viceversa, si riferisce alle sole norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. È in questo punto che la Corte si richiama ai principi enunciati nella sua giurisprudenza e da ultimo nelle due sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Infine, anche con riferimento alla violazione dell'art. 27 Cost., paventata come conseguenza del mancato rispetto delle regole del giusto processo che avrebbero fatto venir meno la funzione rieducativa della pena, la Corte costituzionale risponde che «giusto processo» e «giusta pena» sono valori costituzionali non confondibili tra di loro (punto 4.3): in caso contrario si finirebbe per trasfigurare lo strumento del processo con il fine cui esso tende (la sentenza irrevocabile e la pena che da essa può conseguire).

³¹ In sostanza, la Corte costituzionale, valutando il disegno di legge n. 1797, presentato al Senato il 18 settembre 2007 e recante «Disposizioni in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», sottolinea come la scelta della collocazione sistematica di un nuovo Titolo IV-bis da inserire nel libro IX del codice di procedura penale sia diretta a tenere distinto l'istituto in esame da quello di cui all'art. 629 ss. c.p.p., atteso che, inoltre, quest'ultimo si caratterizza, viceversa, per l'automaticità della rinnovazione del processo al verificarsi delle condizioni prescritte.

³² Nella specie, la Corte esclude una sentenza additiva, viceversa richiesta dal giudice *a quo*, «(...) dal momento che la revisione "ordinaria" – per come positivamente disciplinata dagli artt. 629 e seguenti del codice di rito – non spiega di per sé, effetti "invalidanti" sul materiale di prova raccolta nel precedente giudizio». Anche le «nuove prove» di cui all'art. 630, comma 1, lett. c. vanno valutate sole o «unite a quelle già valutate» ai fini del proscioglimento.

datezza della questione sottopostale. Tuttavia, la stessa dichiara «(...) *di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei*, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 CEDU» (punto 7, corsivo aggiunto). In altri termini, a fronte della molteplicità delle soluzioni relative alla complessità dei rimedi "revocatori", oggetto di interventi giurisdizionali ed "innesti" normativi, la Corte sembrerebbe non esimersi dal porre degli "argini" agli ipotizzati "automatismi" conseguenti alle pronunce della Corte europea, riportando la problematica nell'ambito di un intervento di "sistema" del legislatore che rimetta equilibrio tra le opposte esigenze di riparazione dei possibili errori giudiziari e di preservazione della certezza e della stabilità della *res giudicata*.

Nulla, tuttavia, consente di escludere che il richiamo ad altri parametri costituzionali avrebbe condotto la Corte a risultati diversi. Ciò anche in considerazione di una sua, seppur velata, ammissione³³. Il riferimento è, ovviamente, al novellato art. 117 Cost., comma 1, ed ai nuovi orientamenti giurisprudenziali dallo stesso determinati, in particolare nelle due già citate sentenze, n. 348 e n. 349 che vengono qui richiamate in quanto espressioni di una "specifica presa di posizione" della Corte costituzionale sugli effetti delle norme e delle sentenze CEDU.

Probabilmente nell'ultimo biennio la Corte costituzionale si è trovata a riaffrontare più analiticamente l'impatto, in particolare, della normativa europea, non più sul tradizionale fronte della legislazione ed amministrazione, ma su quello più delicato e correlato della *iurisdictio*. Per tale motivo, essa ha avvertito la necessità di imprimere una "svolta" alla propria giurisprudenza. Si tratta di un *overruling* nel rapporto tra diritto interno e CEDU (utilizzando come termine di paragone il diritto comunitario) per effetto del nuovo comma 1 dell'art. 117 Cost. che sembrerebbe aver consentito alla Corte costituzionale di recuperare un po' di "spazio" nell'ambito del più ampio "spazio giurisdizionale" europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

La nota questione è quella dei rapporti tra CEDU e legge interna che la Corte definisce per la necessità di determinare i criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione e del risarcimento del danno per occupazione acquisitiva a fronte della interpretazione della Corte di Strasburgo che considera la normativa italiana in contrasto con l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, tale

³³ A fronte di quella che la stessa Corte costituzionale definisce «improrogabile necessità che l'ordinamento predisponga adeguate misure atte a riparare sul piano processuale le conseguenze scaturite dalle violazioni ai principi della Convenzione in tema di "processo equo", accertate da sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo», tuttavia conclude che «(...) la questione sollevata (...)», *in riferimento a tutti i parametri evocati*, deve ritenersi infondata» (punto 3, corsivo aggiunto).

da ingenerare una violazione strutturale o sistemica³⁴. Questione, tra l'altro, dettata dalla differente efficacia delle norme e delle sentenze CEDU riconosciuta in alcune pronunce dei giudici di merito e di legittimità, sì da indurre la Corte costituzionale a ritenere giunto il momento di «(...) fare chiarezza su tale problematica normativa ed istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto»³⁵. Così come dal testo riformato dell'art. 117, comma 1, Cost. che riattualizza la questione perché induce a «(...) riconsiderare la posizione e il ruolo delle norme della CEDU, allo scopo di verificare, alla luce della nuova disposizione costituzionale, la loro incidenza sull'ordinamento giuridico italiano» (punto 4.2, sentenza n. 348/07)³⁶.

Il nuovo art. 117 Cost., comma 1, infatti, nella misura in cui subordina l'esercizio della potestà legislativa statale e regionale al rispetto degli obblighi internazionali (tra i quali sicuramente rientrano le norme della CEDU), ridefinisce i termini del rapporto. Ne deriva che «(...) gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale (...) di esclusiva competenza del giudice delle leggi» (punto 4.3, sentenza n. 348/07). La Corte, pertanto, esclude la disapplicazione della norma nazionale contrastante con quella convenzionale da parte dei giudici nazionali definendo l'art. 117 Cost., ora norma di rango sub-costituzionale, ora norma interposta³⁷.

³⁴ Sul punto v. *supra*, nota 4.

³⁵ Ad avviso della Corte proprio la non sempre chiara collocazione gerarchica delle norme CEDU (aventi ad oggetto la tutela di diritti costituzionalmente garantiti sotto la "veste formale" della legge ordinaria di adattamento) ha condotto ad attribuire alle stesse una diversa efficacia. Ancor più nei casi in questione dove la Corte di cassazione rimettente richiamava la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 29 marzo 2006, *Scordino v. Italia*, par. 237, che invitava lo Stato italiano a «(...) supprimer tout obstacle à l'obtention d'une indemnité en rapport raisonnable avec la valeur du bien exproprié.» rimettendo allo stesso l'adozione delle «(...) mesures légales, administratives et budgétaires appropriées la réalisation effective et rapide du droit en question (...)». In carenza di una normativa nazionale e anche di una sovranazionale, come espressamente ribadito, non rimaneva che sollevare l'incidente di legittimità costituzionale.

³⁶ Così ritenendo che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. fosse, in entrambe i casi, assorbente di tutte le altre censure incentrate sugli ulteriori profili e parametri costituzionali invocati (punto 4, sentenza n. 348/07 e punto 6, sentenza n. 349/07).

³⁷ Pertanto, la Corte definisce, e non sempre in modo coerente (v. M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 758 ss.), l'art. 117 Cost., similmente ad altre norme costituzionali, come una norma che sviluppa la sua operatività «(...) solo se posta in stretto collegamento con altre norme di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere (...)». Ne consegue che l'art. 117 Cost. «(...) viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato». Per cui le stesse «(...) sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio fra questa e la legge ordinaria» (punto 4.5, sentenza n. 348/07). In caso di contrasto "normativo" sussiste, pertanto, l'obbligo del giudice interno di sollevare la questione di legittimità costituzionale per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Analogamente nella sentenza n. 349/07, la Corte costituzionale statuisce che «con l'art. 117, primo comma, si è realizzato in definitiva un *rinvio mobile* alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a

Il ragionamento della Corte si fonda su una diversa valutazione del sistema convenzionale CEDU rispetto all'ordinamento comunitario-unionistico³⁸. Quello che, tuttavia, lascia perplessi è la non individuabilità, con specifico riferimento alle norme convenzionali in questione, di qualsiasi limitazione della sovranità nazionale tale da escludere l'operatività dell'art. 11 Cost. In senso contrario, depongono, infatti, tanto l'istituzione della Corte europea dei diritti dell'uomo a cui è affidata l'interpretazione-applicazione delle norme della Convenzione e dei suoi Protocolli (art. 32 CEDU), tanto l'intrinseca natura sussidiaria della giurisdizione europea a cui ricorrere come *extrema ratio* dopo aver fatto valere anche davanti ai giudici nazionali le violazioni delle norme CEDU (art. 1 CEDU), tanto l'obbligo di interpretare le norme nazionali in modo il più possibile conforme alle norme convenzionali, per altro riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale³⁹, quanto, infine, le considerazioni, in precedenza svolte, sulle sempre più frequenti sentenze della Corte di Strasburgo che accertano violazioni strutturali della Convenzione⁴⁰.

quegli obblighi internazionali genericamente evocati, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta" (...) soggetta a sua volta (...) ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione» (punto 4.2, sentenza n. 349/07).

³⁸ Sembrerebbe che i due sistemi normativi, stante la loro "costituzionale" diversità, presentano aspetti di "analogia", ma non di equiparabilità. Inoltre, il nuovo parametro costituzionale sembrerebbe aver sgravato l'art. 11 Cost. dell'eccesso di interpretazione subito, ritornando ad essere un principio fondamentale di sistema come *sedes* costituzionale della nostra partecipazione "istituzionale". Viceversa, l'art. 117 Cost. risulterebbe essere un più ampio parametro di compatibilità costituzionale in riferimento all'esercizio della funzione legislativa statale e regionale. In relazione allo stesso, tuttavia, la dottrina non ha mancato di manifestare perplessità dettate dalla preoccupazione che subordinare la potestà legislativa statale, espressione del Parlamento, ad accordi internazionali stipulati dal potere esecutivo vorrebbe dire intaccare il principio di equilibrio istituzionale (così, tra gli altri, M. SAVINO, *Il cammino internazionale*, cit. *supra*, nota 37, p. 747 ss.). Inoltre, essendo la modifica del Titolo V, Parte Seconda, della Costituzione avvenuta con legge risalente al 2001 (la ben nota l. cost. n. 3 del 18 ottobre 2001) si danno per acquisite la tesi "continuata o minimalista" e la tesi "innovazionista" dell'art. 117, comma 1, Cost. Sul punto, sia consentito rinviare per tutti a R. CHIEPPA, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 493 ss. e MARIO PANEBIANCO, *Il cammino comunitario della Corte costituzionale (2001-2008)*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2008, p. 57 ss.

³⁹ Trattasi del punto 6.2 della sentenza n. 349/07 in base al quale «Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione». Anche in questo senso ci si chiede se l'obbligo di interpretazione conforme non costituisca una manifestazione delle limitazioni di sovranità, che vincola l'esercizio del potere giurisdizionale, escluso, viceversa, dalla Corte costituzionale. Basti pensare alle considerazioni in precedenza svolte (v. *supra*, nota 3) sulla Corte di cassazione che, proprio richiamandosi a tale obbligo, ha ritenuto di conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo sulla determinazione dell'equa ripartizione per irragionevole durata del processo.

⁴⁰ In senso critico, sull'esclusione di qualsiasi limitazione di sovranità si sono espressi, tra gli altri, C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, reperibile su www.giurcost.org, p. 5 ss. e S. VALGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1375 ss.

Sempre in termini di contrapposizione, la Corte costituzionale nega anche l'effetto diretto delle norme CEDU, seppur «(...) nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto (...)». Tale precisazione potrebbe essere letta, non come assoluta esclusione della diretta applicabilità delle norme CEDU, ma solo di quegli effetti riconducibili al diritto comunitario che comportano la "disapplicazione" o "non applicazione" delle norme interne in eventuale contrasto⁴¹. D'altronde, l'esistenza di un ordinamento sovranazionale e la diretta applicabilità delle norme internazionali non sono necessariamente collegate⁴².

Quanto, poi, all'ulteriore specificazione che tale effetto vada escluso perché, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale, le sentenze della Corte di Strasburgo si rivolgono «(...) allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento (...)» (punto 6.1, sentenza n. 349/07), è possibile obiettare che la norma internazionale va interpretata alla luce dell'ordinamento di origine che ne definisce la portata. Tanto è vero che la stessa Corte costituzionale chiarisce che «(...) la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata», a conferma delle competenze interpretative ed applicative convenzionalmente attribuite alla Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 32 CEDU)⁴³. Pertanto, anche il riconoscimento della sua efficacia diretta dovrebbe prescindere dalle valutazioni dei giudici nazionali onde evitare di strumentalizzare la distinzione tra

⁴¹ Così M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2008, p. 349 ss., in part. p. 357 ss. per la quale «(...) appare ragionevole ritenere che le sentenze in esame intendano solo precisare le diverse conseguenze che l'applicazione del diritto comunitario e della Convenzione europea comportano nell'ambito dell'ordinamento interno, senza peraltro negare che le norme convenzionali, cui sia stata data esecuzione con legge, possano avere di per sé carattere *self-executing*».

⁴² Sul punto cfr. G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, cit. *supra*, nota 9, p. 334, per il quale, inoltre, gli obblighi che discendono dall'art. 46 CEDU (*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*) si indirizzano a tutti gli organi dello Stato, non rilevando sul piano internazionale l'articolazione interna dei poteri statali.

⁴³ Tuttavia, la stessa esclude che «(...) le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali» (punto 4.7., sentenza n. 348/07) in quanto tale controllo deve realizzare un bilanciamento tra rispetto degli obblighi internazionali e tutela degli interessi costituzionalmente protetti. Nel caso specifico, a fronte del riconoscimento di un criterio di calcolo nazionale che prevede un'indennità «inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione dovuta ai proprietari espropriati», la Corte costituzionale non ritiene che ricorrano profili di incompatibilità tra l'art. 1 del primo Protocollo CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo e l'art. 42 Cost. Quest'ultimo, infatti, pone in rilievo la funzione sociale della proprietà da leggersi in combinato disposto con i doveri di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2. Pertanto, livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione. Ad avviso della Corte è necessario quel margine di apprezzamento che consenta allo Stato di discostarsi dagli *standard* previsti dalle norme CEDU così come interpretate dalle decisioni della Corte di Strasburgo. In senso critico, cfr. M. L. PADELLETTI, cit. *supra*, nota 41, p. 362.

norme *self-executing* e non *self-executing*⁴⁴.

A ben vedere, tuttavia, se si procede ad una analisi delle due sentenze, come è giusto che sia, alla luce delle peculiarità del caso concreto ci si accorge di come, con molta probabilità, la Corte costituzionale abbia profittato di un prospettato *vacuum* normativo per una specifica presa di posizione. Nel caso di specie, infatti, la disapplicazione della norma interna sul calcolo dell'indennità di ristoro per i soggetti espropriati, in carenza di una disciplina specifica in sede "sovrannazionale", avrebbe comportato l'assenza di una regola da applicare alla fattispecie dedotta in giudizio, se non attraverso il ricorso al libero apprezzamento del giudice. Tale ultima ipotesi, oltre a non essere prevista nel nostro ordinamento costituzionale, avrebbe, tra l'altro, potuto intaccare la portata stessa della tutela del diritto di proprietà che finiva per essere rimessa alla discrezionalità del giudice adito.

Appare possibile, allora, ridimensionare i *dicta* delle due sentenze, sebbene in entrambe la Corte costituzionale abbia detto più di quanto avrebbe dovuto e, forse, non sempre in modo coerente. D'altronde, proprio la Corte, richiamando l'obbligo di interpretazione conforme dei giudici, consente loro di superare le incompatibilità normative anche applicando, se possibile, una norma diversa. Tenuto conto della differente fattispecie concreta, nel caso *Dorigo* la Corte di cassazione dà esecuzione al rapporto dell'allora Commissione europea dei diritti dell'uomo applicando l'art. 670 c.p.p., in luogo dell'art. 630 c.p.p. (v. *supra*, par. 3).

In definitiva, come conseguenza ultima e finale, il vero e proprio *overruling* della Corte costituzionale consiste, innanzitutto, nell'aver posto un freno alle "revisioni" in sede giurisdizionale, imponendosi come interlocutore necessario, sia dei giudici nazionali, sia dei giudici di Strasburgo. Ciò nel senso che l'osservanza delle norme convenzionali continua ad essere assicurata in via ordinaria dai giudici comuni, i quali, tuttavia, devono rivolgersi alla Corte costituzionale qualora un eventuale contrasto normativo non sia superabile in via interpretativa; di converso le decisioni dei giudici di Strasburgo, per il tramite dell'art. 117 Cost., devono sottostare al vaglio di costituzionalità. Pertanto, come è stato evidenziato, l'opzione che si palesa in entrambe le sentenze della Corte costituzionale è quella di un controllo di costituzionalità accentrato o concentrato nella sua stessa competenza di giudice delle leggi⁴⁵.

⁴⁴ La distinzione, infatti, tra norme *self-executing* e non *self-executing* potrebbe celare finalità dirette ad impedire l'applicazione domestica delle norme internazionali. Così B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 281 ss.

⁴⁵ Tale posizione della Corte è stata, infatti, interpretata, "in senso verticale", come rafforzamento del proprio ruolo nel «dialogo giudiziale multilivello (...) per una più efficace salvaguardia dell'identità costituzionale nazionale», ma produce effetti anche "in senso orizzontale" come indebolimento del potere legislativo in quanto la prevalenza del diritto internazionale pattizio su quello domestico (c.d. principio di legalità internazionale), subordinato al controllo di costituzionalità in caso di contrasto insanabile, consente alla Consulta di fissare i margini di autonomia che il legislatore conserva nei confronti del diritto internazionale, anche attraverso una potestà di *overruling*.

Resta, infine, da valutare se le suddette sentenze, al di là delle fattispecie dedotte in giudizio, non si presentino come statuizioni sui rapporti tra le fonti normative in questione e non autorizzino interventi "sproporzionati" della Corte costituzionale. Nel primo senso, sembrerebbe deporre una pronuncia della Corte di cassazione che si richiama al loro dispositivo in materia di equa riparazione, limitando il danno risarcibile al solo periodo che eccede la durata ragionevole del processo in applicazione dell'art. 2, comma 3, lett. *a*., della l. n. 89/01. Nel secondo senso, una sentenza della stessa Corte costituzionale in cui si dichiara, addirittura, l'illegittimità costituzionale di un atto normativo nazionale cronologicamente anteriore alla legge italiana di ratifica della CEDU, stravolgendo il principio della successione delle leggi nel tempo come consolidato criterio regolatore del rapporto tra norme di pari rango⁴⁶.

4. Breve confronto con la "revisione" normativa e di giudicato nazionale nella giurisprudenza comunitaria

Tutto quanto finora evidenziato consente di effettuare un breve confronto con altri effetti "revisionistici" ingenerati, questa volta, dalla giurisprudenza comunitaria nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. La scelta di tale settore risiede nella presa d'atto del suo impatto, al di là di ogni previsione normativa ed in nome della tutela di interessi euro-comunitari, sul diritto penale e processuale penale nazionale, anche nella costruzione della fattispecie incriminatrice e/o nella relativa sanzione repressiva. Ne è conseguita, pertanto, la produzione di effetti ulteriori rispetto a quelli ri-

sull'operato del legislatore. Cfr. M. SAVINO, *Il cammino*, cit. *supra*, nota 37, in part. p. 775 ss.

⁴⁶ A ben vedere, gli effetti delle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 si sono ripercossi oltre i casi specifici ed in particolare nella sentenza della Corte di cassazione – Sezione I civile – 22 novembre 2007-3 gennaio 2008, n. 14 (in *Guida al Diritto*, n. 4, 2008, p. 44 ss.) in cui è statuito che «ai fini della liquidazione dell'indennizzo per durata eccessiva dei processi non deve averi riguardo ad ogni anno di durata del processo presupposto ma solo al periodo eccedente il termine ragionevole di durata, essendo il giudice nazionale tenuto ad applicare la legge dello Stato (art. 2 legge n. 89 del 2001) e non potendo darsi alla diversa giurisprudenza CEDU diretta applicazione nell'ordinamento giuridico italiano disapplicando la normativa interna in quanto, come chiarito dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la convenzione CEDU è configurabile come un trattato internazionale multilaterale e non produce pertanto norme direttamente applicabili negli Stati contraenti» e, altresì, nella sentenza della Corte costituzionale 25 febbraio 2008, n. 39 (in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 536 ss.) in cui si «dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 50 e 142 del regio decreto n. 267 del 16 marzo 1942, (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), nel testo anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80), in quanto stabiliscono che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale» su cui v. le considerazioni di R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte Costituzionale?*, reperibile su www.forumcostituzionale.it e A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 651 ss.

conducibili alla sua natura di cooperazione, *stricto sensu*, intergovernativa⁴⁷.

Pur essendo escluso dagli effetti "tipizzati" del diritto comunitario, il settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale è stato, infatti, oggetto di alcune pronunce, ad esiti, per così dire, "ultronei" della Corte di giustizia che hanno avallato l'imposizione di obblighi di criminalizzazione di alcune fattispecie ritenute particolarmente offensive di beni comuni con la conseguente necessità di conformare gli *standard* nazionali della tutela penale, nonché l'obbligo di applicare il diritto nazionale anche conformemente alla decisione-quadro. Tali pronunce risultano rilevanti nella misura in cui riguardano, in primo luogo, settori di limitata competenza della Corte di giustizia, nonché atti del c.d. Terzo Pilastro (nella specie decisioni-quadro) che per loro natura richiedono di essere recepiti negli ordinamenti nazionali. Tanto più che, notoriamente, l'art. 34 TUE nel definire, alla lett. b., le decisioni quadro in modo analogo alle direttive si è preoccupato di escluderne espressamente l'effetto diretto⁴⁸.

⁴⁷ Anche il diritto penale e processuale penale nazionale, a dispetto del principio della riserva di legge, subiscono oggi una serie di "incursioni" dettate anche (ma non solo) dalla tutela dei diritti fondamentali e dalla necessità di *standard* sostanziali e procedurali comuni e "sovraordinati". L'incidenza del "diritto europeo" sui sistemi penali e processuali penali nazionali produce, infatti, importanti effetti, sia sulla tutela dei beni giuridici, sia sui principi fondamentali di garanzia individuale: primo fra tutti il principio di legalità. D'altro canto, il diritto penale e processuale penale nazionale nella misura in cui contribuiscono allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia unionistico-europeo, non possono prescindere dal pieno rispetto dei diritti fondamentali come tutelati ai vari livelli ordinamentali (c.d. miglior livello di tutela). Così, v. B. NASCIMBENE, *Costituzione europea, cooperazione giudiziaria e tutela penale dei diritti fondamentali*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 305 ss. V., inoltre, le considerazioni di 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. In generale, tale processo viene definito come "europeizzazione" del diritto penale su cui, tra gli altri, A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto penale e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004, nonché G. DE AMICIS, *Il giudice penale nel sistema europeo delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2007, in part. 1761 ss. per cui la legalità nazionale utilizza parametri internazionali, euro-internazionali e unionistici-europei per una sua connotazione. Inoltre, come questo processo si sviluppa principalmente attraverso la cooperazione e l'esecuzione delle sentenze di organi giudiziari internazionali, comunitari e stranieri si evince, altresì, da G. CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, Cacucci Editore, 2007. Cfr., anche, C. ZANGHI - L. PANELLA, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2004.

⁴⁸ Sebbene non sia questa la sede per dare conto delle evoluzioni del c.d. Terzo Pilastro è fuori discussione che queste siano avvenute tanto sul piano normativo, quanto su quello giurisprudenziale (per una ricostruzione in tal senso, v. F. MUNARI - C. AMALFITANO, *Il «terzo pilastro» dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 774 ss.). In particolare, la giurisprudenza comunitaria avrebbe progressivamente esteso «(...) agli atti del terzo pilastro un regime giuridico analogo, almeno in parte, a quello che governa gli atti comunitari, sia pur adattandolo alle esigenze tipiche di questo settore» (così, E. CANNIZZARO - M. E. BARTOLINI, *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 471 ss.). Cfr. anche C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 941 ss. Il Trattato di Lisbona ne è, tra l'altro, la conferma normativa laddove all'art. 69 B TFUE (o art. 83) prevede la possibilità per il Parlamento europeo e per il Consiglio di adottare direttive secondo la procedura legislativa ordinaria per stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave. In sostanza, la tendenza alla "sovrapposizione" dei pilastri è superata dalla loro soppressione, peraltro già prevista dal

In questo ambito, sembrerebbero essere due le sentenze, che, più di altre, sottolineano tale attività della Corte di giustizia e cioè la sentenza del 16 giugno 2005 sull'estensione dell'obbligo di interpretazione conforme anche delle decisioni-quadro (assunzione anticipata della prova tramite incidente probatorio anche ad altre fattispecie di reato) e la sentenza del 13 settembre 2005 sull'autorizzazione all'utilizzo dello strumento della direttiva in luogo della decisione-quadro per disciplinare fattispecie penali e relative sanzioni (tutela penale dell'ambiente)⁴⁹. Solo queste, perché le stesse, maggiormente di altre, hanno segnato l'ampliamento dei settori e degli strumenti di intervento comunitario anche sulla legislazione nazionale in materia penale e processuale penale. Gli effetti, come ovvio, sebbene non siano diretti, finiscono per essere "riflessi" nella misura in cui creano obblighi che inducono ad una "revisione" della normativa nazionale per attestarsi sugli *standard* comunitari di tutela⁵⁰.

In particolare, con la prima sentenza la Corte incide sulla disciplina nazionale da intendersi "estensivamente" alla luce delle disposizioni di una decisione-quadro⁵¹, sancendo che nell'applicazione del diritto nazionale «(...) il

Trattato costituzionale di Roma del 29 ottobre 2004 sul quale, per alcuni aspetti, v. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

⁴⁹ Le sentenze richiamate sono quella del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Procedimento penale a carico di Maria Pupino*, in *Raccolta*, I, p. 5285 e quella del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7879, entrambi in B. NASCIMBENE - M. CONDINANZI (a cura di), *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Milano, Giuffrè, 2007 rispettivamente p. 171 ss. e p. 174 ss.

⁵⁰ Pur tuttavia, tale attività della Corte comunitaria viene (anche o viceversa) ad "auto-limitarsi" nonostante la necessità dell'obbligo degli Stati di assicurare una tutela adeguata ad un bene giuridico di rilievo comunitario. Così è avvenuto nella sentenza del 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, *Berlusconi e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3565 (depenalizzazione "nazionale" del reato di falsità in scritture contabili). Come è noto, la Corte era chiamata a pronunciarsi sull'adeguatezza o meno delle sanzioni previste dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile rispetto all'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario o all'art. 5 CE da cui deriva, secondo una giurisprudenza costante, che le sanzioni per violazione di disposizioni del diritto comunitario devono essere effettive, proporzionate e dissuasive («secondo tale giurisprudenza, pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo», punto 65). Ciononostante, e cioè nonostante i «(...) nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, a causa di talune disposizioni in essi contenute, non soddisfano l'obbligo del diritto comunitario relativo all'adeguatezza delle sanzioni (...)» (punto 72), le maggiori garanzie predisposte a livello comunitario per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi non possono «(...) essere invocate dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati» (anche punti 73 e 74). Per un commento si rinvia A. BIONDI - R. MASTROIANNI, *Case law – Court of Justice Joined Cases C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi and others*, *CMLR*, 2006, p. 553 ss. Si vedano, inoltre, le considerazioni critiche di R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, in part. p. 603 per il quale la Corte erroneamente fonda il suo *decisum* limitatamente sul contenuto della direttiva e non, viceversa, sull'art. 10 CE, evitando così di pronunciarsi sul merito della questione.

⁵¹ Notoriamente, si trattava di una domanda pregiudiziale presentata nell'ambito del procedi-

giudice del rinvio, chiamato ad interpretare quest'ultimo, è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione-quadro» al fine di conseguire il risultato (punto 43)⁵². In sostanza, la Corte comunitaria riconosce quanto meno un effetto di interpretazione conforme nella «formula degli "effetti ipotetici" che discendono da un atto in relazione alla sua, ipotetica appunto, attuazione nell'ordinamento» e, in ogni caso, l'esclusione di effetti diretti, infatti, «(...) non preclude la possibilità di ricavarne effetti interpretativi (...) negli ordinamenti nazionali»⁵³. Si potrebbe, altresì, aggiungere che proprio l'espressa esclusione degli effetti diretti accentua le funzionalità della decisione-quadro a produrre "degli effetti", così come la previsione normativa del ricorso per annullamento e del rinvio pregiudiziale alle sole decisioni e decisioni-quadro (anche non attuate come nel caso *Pupino*) riconosce alle stesse almeno la potenziale produttività di effetti sulle situazioni giuridiche soggettive⁵⁴.

Nella seconda sentenza, pronunciata in seguito a ricorso presentato dalla Commissione e sostenuto dal Parlamento europeo per l'annullamento, ai sensi dell'art. 35 TUE, della decisione-quadro n. 2003/80/GAI in tema di protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, la Corte di giustizia, in buona so-

mento penale intentato a carico della signora Pupino, insegnante di scuola materna, indagata per aver inflitto lesioni ad alunni di età inferiore ai cinque anni all'epoca dei fatti. Il caso, infatti, è quello della domanda di pronuncia pregiudiziale da parte del giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze su alcuni articoli (2, 3 e 8) della decisione-quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. La questione era di vagliare la compatibilità con gli artt. 392, n. 1 *bis* e 398, n. 5 *bis* c.p.p. italiano che limitano ai soli reati sessuali od a sfondo sessuale l'assunzione anticipata della prova con incidente probatorio da parte del giudice delle indagini preliminari e che fissano modalità particolari di assunzione e di accertamento quando si tratti di persone minori di anni sedici.

⁵² Nella stessa, tuttavia, la Corte individua precisi limiti che un simile obbligo interpretativo deve rispettare. Innanzitutto, il divieto di determinare o aggravare per questa via la responsabilità penale dell'imputato (punto 46); in secondo luogo, va esclusa l'interpretazione *contra legem* (punto 47); in terzo luogo, la decisione-quadro in questione per sua espressa previsione deve essere interpretata in modo da essere compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato membro (punto 57); infine, essa deve essere interpretata in maniera tale che siano rispettati i diritti fondamentali, tra i quali il diritto ad un processo equo, quale sancito dall'art. 6 della CEDU. La stessa Corte, tuttavia, esclude un aggravamento della responsabilità penale in virtù del fatto che le disposizioni che formano oggetto della domanda riguardano lo svolgimento del procedimento e le modalità di assunzione della prova.

⁵³ Così, E. CANNIZZARO - M. E. BARTOLINI, *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro*, cit. *supra*, nota 48, in part. pp. 474-475. Diversamente, la Corte comunitaria faceva leva sulla similitudine tra decisione-quadro e direttiva, sull'art. 35 TUE e sull'art. 10 CE. Inoltre, cfr., tra gli altri, M. CONDINANZI, *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, in part. p. 526; E. M. CATALANO, *Molte incertezze e piccoli passi nel percorso di europeizzazione del diritto processuale penale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, p. 522 ss. Sta di fatto che con ordinanza del 13 settembre 2005 il giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Firenze emette ordinanza di ammissione di incidente probatorio.

⁵⁴ Si produrrebbe un effetto c.d. sostitutivo della decisione-quadro in quanto l'interpretazione della normativa processuale penale nazionale in conformità alla stessa consentirebbe, comunque, la tutela della posizione giuridica soggettiva individuale (nella specie tutela della posizione della vittima nel procedimento penale). Così, F. MUNARI - C. AMALFITANO, *Il «terzo pilastro» dell'Unione*, cit. *supra*, nota 48, in part. p. 793-795.

stanza, autorizza l'uso della direttiva, in luogo della decisione-quadro, per introdurre obblighi di penalizzazione a carico degli Stati membri⁵⁵. A ben vedere, la Corte, con una semplicità di argomentazioni che, tra l'altro, non l'hanno resa esente da critiche relative alla scarsità della motivazione, è giunta ad una decisione con effetti, quanto meno "potenziali", sui sistemi penali nazionali. In primo luogo, sancendo che l'esclusione, in via di principio, della legislazione penale, così come delle norme di procedura penale, dalle competenze comunitarie (punto 47) non è di ostacolo all'adozione di provvedimenti che si ritengano necessari a garantire la piena efficacia delle norme comunitarie in materia di tutela dell'ambiente (punto 48)⁵⁶; in secondo luogo, perché nel sancire l'indivisibilità, peraltro non argomentata, del contenuto della decisione-quadro non esclude che anche quella parte tipicamente rientrante nella cooperazione giudiziaria in materia penale possa essere contenuta in una direttiva a fronte, invece, della diversa prassi del Consiglio a disgiungere la materia penale, per rinviarla ad una decisione-quadro, nelle proposte di atto comunitario aventi ripercussioni penali⁵⁷.

⁵⁵ Nella seconda sentenza richiamata (v. *supra*, nota 49), la decisione-quadro annullata imponeva (artt. 2, 3 e 4) di adottare i provvedimenti necessari per rendere perseguibili penalmente nel diritto nazionale alcune fattispecie ritenute offensive dell'ambiente, nonché l'obbligo di istituire sanzioni penali (art. 5, n. 1) «effettive, proporzionate e dissuasive», fino a ricomprendere «per lo meno nei casi più gravi pene privative della libertà che possono comportare l'estradizione». Nell'emettere, quindi, la sentenza di annullamento della decisione-quadro n. 2003/80/GAI in tema di protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, la Corte comunitaria si spinge fino a riconoscere alla Comunità il potere di vincolare gli Stati membri a perseguire penalmente determinati comportamenti. In particolare sul punto, v. F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, p. 1433 ss. e A. MONTAGNA, *Il difficile cammino verso un diritto penale europeo minimo*, in *Cass. pen.*, 2007, in part. p. 820 ss.

⁵⁶ La Corte, pertanto, emette sentenza di annullamento in quanto, dovendosi la scelta del fondamento normativo di un atto comunitario basarsi su elementi oggettivi, quali lo scopo ed il contenuto dell'atto, gli articoli della decisione-quadro, aventi ad oggetto principale la protezione dell'ambiente «avrebbero potuto validamente essere adottati sul fondamento dell'art. 175 TCE» (punto 51) ed in quanto «(...) la decisione-quadro sconfinando nelle competenze che l'art. 175 TCE attribuisce alla Comunità, viola nel suo insieme, data la sua indivisibilità, l'art. 47 TUE». Inoltre, la Corte si discosta dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, del 26 maggio 2005, sia sulla possibile utilizzazione di uno strumento normativo del primo pilastro (direttiva) per l'imposizione di pene privative della libertà, sia sulla competenza delle autorità statali sulla scelta della sanzione penale adeguata. In argomento, v. F. COMTE, *Droit pénal de l'environnement et compétence communautaire*, in *RDUE*, 2002, p. 775-799.

⁵⁷ Probabilmente, la Corte mirava a fare chiarezza su una dialettica tra Commissione e Parlamento europeo da un lato, e Consiglio e Stati membri dall'altro (in particolare il Regno di Danimarca) in quanto, a fronte della proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 13 marzo 2001 e relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale (proposta modificata in seguito al recepimento degli emendamenti presentati dal Parlamento), il Consiglio adottava, viceversa, il 27 gennaio 2003, la decisione-quadro n. 2003/80/GAI ritenendola strumento adeguato per imporre agli Stati membri l'obbligo di prevedere sanzioni penali ed incorporando nella stessa diverse norme sostanziali contenute nella proposta di direttiva, in particolare quelle relative agli atti che nel diritto interno degli Stati devono qualificarsi come reati. La Corte, pertanto, «(...) dando alle istituzioni il potere di prevedere che gli Stati adottino misure sanzionatorie anche penali ogniqualvolta ciò sia necessariamente funzionale all'efficace esercizio di una competenza comunitaria e al soddisfacimento, quindi, di finalità proprie del primo pilastro *sembrerebbe aver voluto fornire una soluzione ulteriore, quella cioè della graduale restrizione delle competenze dell'Unione a favore di quelle della Comunità*». Così, F. MUNARI - C. AMALFITANO, *Il «terzo pilastro» dell'Unione*,

La decisione della Corte, pertanto, sembrerebbe propendere per il principio di effettività del diritto comunitario (punto 52) e per la preminenza dei più elevati *standard* comunitari di tutela prescindendo da una distinzione tra competenze e strumenti del Primo e Terzo Pilastro. In altri termini, le istituzioni comunitarie sarebbero autorizzate ad utilizzare anche lo strumento della direttiva per imporre il contenuto del precetto e della sanzione penale agli Stati membri ogniquale volta solo tale tipologia di sanzione può soddisfare i loro *standard* di tutela⁵⁸. Da qui una compressione della discrezionalità statale ristretta in precisi obblighi normativi di risultato, tra l'altro sanzionabili attraverso la procedura di infrazione di cui agli artt. 226 ss. CE, sebbene sotto la forma di «uno *standard* comunitario minimo relativo agli elementi costitutivi dei reati penali gravi contro l'ambiente ed all'entità delle pene»⁵⁹.

D'altronde che si assista ad uno "scollamento" del sistema normativo del Terzo Pilastro, almeno dalla sua originaria impostazione, sembrerebbe rinvenibile anche in un'altra sentenza della Corte di Lussemburgo⁶⁰ chiamata a chiarire, tra l'altro, gli effetti della posizione comune n. 2001/931/PESC relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo: ciò in considerazione sia della particolare natura dell'atto, posto "in bilico" tra Secondo e Terzo Pilastro⁶¹, sia dei diritti risarcitori eventualmente scaturenti dai suoi

cit. supra, nota 48, p. 801-802 (corsivo aggiunto).

⁵⁸ Questa almeno l'interpretazione fornita dalla stessa Commissione nella sua *Comunicazione al Parlamento europeo ed al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio)*, Bruxelles, 23 novembre 2005, Com(2005)583 definitivo, secondo la quale si tratterebbe di «una sentenza di principio che travalica la materia specifica» (punto 6) ed applicabile «a tutte le politiche comunitarie e libertà entro le quali esistono norme vincolanti la cui efficacia potrebbe essere garantita solo da sanzioni penali» (punto 8). Cfr. F. COMTE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13-9-2005 relatif aux «sanctions pénales»*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2006, p. 131 ss.

⁵⁹ Trattasi della formula utilizzata dalla Commissione europea per giustificare il rispetto del principio di sussidiarietà nella nuova proposta di direttiva presentata il 9 febbraio 2007 con un elenco minimo di reati ambientali gravi da considerarsi fatti penalmente rilevanti in tutta la Comunità, proposta approvata in prima lettura con emendamenti dal Parlamento europeo il 21 maggio 2008 e che «obbliga gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali per gravi violazioni del diritto comunitario in materia di protezione dell'ambiente» (P6_TC1-COD(2007)0022), poi divenuta direttiva n. 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, in *Gu-UE* n. L 328 del 6 dicembre 2008, p. 28-37).

⁶⁰ La stretta interconnessione dei "pilastri" unionistici trova conferma ancora più nella sentenza 27 febbraio 2007 in causa n. C-355/04 P, *Segi e a. c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1657 (sempre in B. NASCIMBENE - M. CONDINANZI, *Giurisprudenza*, *cit. supra*, nota 49, p. 177 ss.) pronunciata dalla Corte a seguito di impugnazione proposta dalla Segi, organizzazione per la tutela delle rivendicazioni della gioventù basca, dell'identità, della cultura e della lingua basche, avverso l'ordinanza del Tribunale di primo grado (del 7 giugno 2004 in causa n. T-338/02, in *Raccolta*, 2004, II, p. 1647) che negava la propria competenza a pronunciarsi su un ricorso per risarcimento del danno conseguente alla iscrizione della Segi nell'elenco dei gruppi e delle entità coinvolte in atti terroristici allegato alla posizione comune n. 2001/931/PESC (più volte aggiornata, v. posizione comune n. 2004/500/PESC del Consiglio del 17 maggio 2004, in *Gu-UE* n. L 196 del 3 giugno 2004). Analoga sentenza è quella sempre del 27 febbraio 2007 in causa n. C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistia e a. c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2007, II, p. 1579 ss.

⁶¹ La doppia base giuridica della suddetta posizione comune, costituita dagli artt. 15 e 34 TUE,

effetti sulle posizioni giuridiche soggettive⁶². Sebbene, come ovvio, ciò non si traduca in una "revisione" normativa dei sistemi giuridici nazionali, tuttavia, rimette agli stessi la competenza a vagliare in sede giurisdizionale le misure nazionali che nell'attuazione degli atti dell'Unione risultino concretamente lesivi di diritti soggettivi. Il che significa che la natura "infra-unionistica" o "infra-comunitaria" dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia appare strettamente interconnessa, se non incorporata, nello spazio di politica estera di sicurezza e di difesa e cioè nello spazio internazionale in cui l'Unione si trova inserita e, pertanto, suscettibile di riflettersi anche con limitazioni e restrizioni sullo *status* giuridico degli individui e degli altri soggetti privati (c.d. "revisione" implicita dello spazio interno)⁶³.

conseguiva dalla finalità della lotta al terrorismo da realizzarsi anche attraverso «(...) l'azione degli Stati, in particolare per quanto riguarda l'attuazione di forme di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale». Il tutto in esecuzione della Risoluzione n. 1373(2001) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Nella specie, alla Segi risultavano applicabili solo le misure di cui all'art. 4 della posizione comune e cioè quelle relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale che di fatto la privavano di un diritto ad un ricorso effettivo in considerazione dell'esclusione delle posizioni comuni dal controllo giurisdizionale di cui all'art. 35 TUE, come risulta dalla stessa ordinanza del Tribunale di primo grado (punto 38).

⁶² La Corte di giustizia, nel respingere l'impugnazione asserendo che «(...) il Tribunale non ha adottato un'ordinanza viziata da un errore di diritto dichiarandosi manifestamente incompetente a conoscere del ricorso per risarcimento relativo al danno eventualmente cagionato ai ricorrenti dall'inclusione della Segi nell'elenco allegato alla posizione comune n. 2001/931 (...)», esclude, tuttavia, un'interpretazione restrittiva dell'art. 35 TUE, n. 1 riconoscendo la possibilità di rinvio pregiudiziale «a tutte le disposizioni adottate dal Consiglio dirette a produrre effetti nei confronti dei terzi, a prescindere dalla loro natura o dalla loro forma» (punti 53 e 54). Pertanto, anche rispetto ad una posizione comune quando il giudice nazionale nutra un fondato dubbio che la stessa produca in realtà effetti nei confronti dei terzi (punto 54). Rispetto alle stesse «la Corte sarebbe altresì competente a riesaminare la legittimità (...)» (punto 55). Ciò probabilmente in ossequio al consolidato principio del c.d. approccio sostanzialistico quanto alla identificazione degli atti impugnabili (tra gli altri, v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008 e R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008). Resta esclusa, in ogni caso, una competenza della Corte a conoscere di un ricorso per risarcimento nell'ambito del Titolo VI, in quanto è di competenza degli Stati membri ed in particolare dei loro organi giurisdizionali l'interpretazione e l'applicazione dei provvedimenti nazionali attuativi degli atti dell'Unione.

⁶³ A ben vedere trattasi di aspetti non del tutto nuovi e già affrontati in materia di regolamenti comunitari di cooperazione politica come atti formalmente e sostanzialmente misti di coordinamento del diritto delle Nazioni Unite e del diritto comunitario in materia di pace e di sicurezza internazionale (cfr. M. PANEBIANCO - F. GUIDA - A. DI STASI, *Introduzione al diritto comunitario comparato*, Salerno, Edisud, 1993 e L. FORLATI PICCHIO - L.-A. SICILIANOS (eds.), *Economic Sanctions in International Law. Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004) e che continuano a riproporsi, sebbene in una prospettiva più garantista. V. la sentenza 3 settembre 2008 nelle cause riunite n. C-402/05 P e n. C-415/05 P, in cui la Corte di giustizia (Grande Sezione) ha annullato le sentenze del Tribunale di primo grado delle Comunità europee 21 settembre 2005, rispettivamente, in causa n. T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 3649 nonché in causa n. T-306/01, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 3533, su impugnazione, appunto, del signor Kadi (causa n. C-402/05 P) e di Al Barakaat International Foundation (causa n. C-415/05 P), annullando, altresì, il regolamento (Ce) del Consiglio 27 maggio 2002, n. 881, che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda ed ai talebani, nella parte in cui riguarda i soggetti ricorrenti per violazione del diritto al rispetto della proprietà, del diritto al contraddittorio e del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo. Sulle richiamate sentenze, cfr. M. BULTERMAN, *Fundamental Rights and the United Nations Financial Sanction Regime: the Kadi and Yusuf Judgments of the Court of the First Instance of European Communities*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 753 ss., B.

Resta, infine, da ricordare come nel quadro sinora descritto si inseriscano anche quegli "effetti di revisione" rintracciabili nella più recente giurisprudenza comunitaria, questa volta in materia di mercato comune. Tali orientamenti della Corte di giustizia rilevano nella misura in cui incidono sui sistemi processuali nazionali e, in particolar modo, su quelle stesse norme strumentali di garanzia sulla formazione del giudicato. In altri termini, la Corte è sembrata ammettere che l'applicazione del diritto comunitario non trovi ostacolo nell'esistenza di decisioni giudiziarie ed amministrative nazionali definitive.

In questo senso, rilevano, in primo luogo, gli indirizzi maturati nella fissazione delle condizioni di riesame di provvedimenti amministrativi definitivi ispirati ai principi di equivalenza ed effettività nel senso che i meccanismi giurisdizionali nazionali di tutela dei diritti derivanti ai privati dalle norme comunitarie non devono essere meno favorevoli di analoghi meccanismi di natura interna (principio di equivalenza) e non devono essere strutturati in modo da renderne in pratica impossibile l'esercizio (principio di effettività). Distinguendo le diverse fattispecie dedotte in giudizio, la Corte, cioè, arriva ad affermare che allorché un'amministrazione nazionale è tenuta a ritirare una sua decisione divenuta definitiva per manifesta incompatibilità con il diritto interno, identico obbligo deve sussistere ove la manifesta incompatibilità sia con il diritto comunitario. Così come afferma che il diritto ad ottenere il riesame non richiede che il ricorrente abbia eccepito la violazione del diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno proposto contro la decisione amministrativa definitiva⁶⁴.

CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di Sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 333 ss., M. T. KARAYIGIT, *The Yusuf and Kadi Judgments: the Scope of the EC Competences in Respect of Restrictive Measures*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2006, p. 379 ss., S. GRILLER, *International Law, Human Rights and the European Community's Autonomous Legal Order: Notes on the European Court of Justice Decision in Kadi*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 528 ss.

⁶⁴ Infine, ulteriori effetti nel senso descritto nel presente lavoro sono rinvenibili nella 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 con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, p. 489 ss. in cui la Corte ha statuito che «il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; la decisione amministrativa in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste dall'art. 234, n. 3, CE, e l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della summenzionata giurisprudenza». Così come nelle sentenze del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585; del 19 settembre 2006 in cause riunite n. C-392/04 e n. C-422/04, *I-21 Germany e Arcor c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8559 e del 12 febbraio 2008 in causa n. C-2/06, *Willy Kempter KG*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 411 in quanto chiariscono le suddette condizioni o quanto meno si innestano sullo stesso filone giurisprudenziale. Sul punto, cfr. M. LOMBARDO, *Il principio di leale cooperazione e l'armonizza-*

In secondo luogo, tali effetti derivano maggiormente dalle statuizioni assunte in un'altra recente pronuncia pregiudiziale della Corte sui principi di diritto comunitario applicabili alla revoca di un atto nazionale di concessione di aiuti di Stato adottato in applicazione di una pronuncia giurisdizionale che ha acquistato autorità di cosa giudicata; aiuti, tuttavia, dichiarati incompatibili con il diritto comunitario a seguito di decisione della Commissione europea non impugnata. Tali statuizioni rilevano in quanto la Corte – sebbene ponga l'accento sulla competenza esclusiva in materia della Commissione, per cui una pronuncia interna sul punto risulta eccedere i limiti della competenza del giudice nazionale – sottolinea come la mancata impugnazione della decisione comunitaria, dichiarativa dell'incompatibilità dell'aiuto, attribuiva alla stessa carattere definitivo. Pertanto, il giudice nazionale avrebbe dovuto applicare il diritto comunitario in modo da garantirne la piena efficacia, anche disapplicando, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contrastante (nella specie l'art. 2909 c.c.)⁶⁵.

Dalla lettura combinata di tali sentenze è stato evidenziato come sia rinvenibile un orientamento della Corte diretto a ritenere l'inopponibilità del giudicato nazionale quando pregiudica l'effettività del diritto comunitario e delle posizioni giuridiche soggettive che dallo stesso derivano, nonché quando tale pregiudizio poteva essere evitato attraverso il ricorso al rinvio pregiudiziale che il giudice interno ha il potere e/o il dovere di attivare anche d'ufficio. In altri termini, si è rilevato come «in un sistema coordinato di garanzia (...) che combina taluni elementi del modello federalista e taluni tipici del modello internazionalista», la mancata o non corretta attivazione dei rimedi giurisdizionali comunitari può condizionare i risultati dei procedimenti di garanzia nazionale⁶⁶. In sostanza, la Corte, facendo leva sull'obbligo di cooperazione di cui all'art. 10 CE e cercando di ovviare alle violazioni del diritto

zione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia, in questa *Rivista*, 2008, p. 469-497.

⁶⁵ La sentenza in questione è quella del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, *Lucchini S.p.a.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199 in cui la Corte espressamente dichiara che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, 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 delle Comunità europee divenuta definitiva», v. M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in questa *Rivista*, 2007, p. 733-741. Trattasi, tuttavia, di una vicenda ancora aperta nel merito o conclusa, per così dire, solo dal punto di vista della competenza giurisdizionale. Infatti, il Consiglio di Stato, che con il ricorso al rinvio pregiudiziale aveva provocato la suddetta sentenza interpretativa della Corte di giustizia, ha poi dichiarato il proprio difetto di giurisdizione trattandosi di questione vertente in materia di diritti soggettivi (sentenza 8 giugno 2009, n. 3464), in osservanza, tra l'altro, della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 19 maggio 2008, n. 12641.

⁶⁶ Così E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 447 ss.

comunitario compiute, per così dire, in sede giurisdizionale⁶⁷, arriva ad ammettere la disapplicazione anche di istituti processuali nazionali.

Le considerazioni finora svolte evidenziano, in conclusione, le difficoltà derivanti dagli effetti dell'esecuzione delle sentenze delle Alte Corti europee. Invero con tale terminologia ci si riferisce alla doppia forma di esecuzione in via legislativa o in via giudiziaria, grazie alle quali dovrebbe compiersi o la "revisione" normativa con sostituzione o abrogazione di norme o la "revisione" di origine "europea" dei giudizi (e come si è visto dei giudicati) nazionali anche attraverso la scelta dei rimedi giurisdizionali esecutivi. Tale schema logico, riportabile nelle sue origini all'esperienza degli Stati federali esistenti in Europa e fuori d'Europa, in un ordinamento come il nostro trova il suo necessario punto di valutazione, sedimentazione e "ri-equilibrio" nella competenza della Corte costituzionale.

Ciò trova conferma anche nell'ulteriore mutamento di orientamento concernente l'ordinamento comunitario-unionistico, essendo la nostra Consulta intervenuta a "ri-definire" il suo ruolo nei rapporti "interordinamentali"⁶⁸. Ciò in relazione alla potestà di applicare e di interpretare il diritto comunitario, sia direttamente⁶⁹, sia previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo⁷⁰. In

⁶⁷ A ben vedere, trattasi di un orientamento che si inserisce in parte nell'ambito di una problematica già affrontata dalla Corte: allorché ha esteso il principio della responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario loro imputabili anche alle violazioni derivanti da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado; allorché ha affermato che la mancata modificazione di una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario come interpretata ed applicata in sede amministrativa e da una parte significativa degli organi giurisdizionali perpetra una violazione degli obblighi comunitari, nonché allorché ha ritenuto che i danni ai singoli imputabili allo Stato possono anche essere conseguenza dell'attività di interpretazione di norme giuridiche o di valutazione dei fatti e delle prove operate da un organo giurisdizionale di ultimo grado. Trattasi delle ben note sentenze della Corte di giustizia: del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e altri in Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista* con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i Paesi inadempienti*, p. 91 ss.; 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 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.; del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Gerhard Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e in questa *Rivista*, 2004, p. 55 ss.; del 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14637 ss. (su cui v. L. S. ROSSI - G. DI FEDERICO, *Case C-129/00, Commission v. Repubblica Italiana*, *CMLR*, 2005, p. 829 ss.; del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177.

⁶⁸ Per una ricostruzione dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale sia consentito rinviare alle sole considerazioni di A. SINAGRA, *Rapporti interordinamentali*, «sovranazionalità» o delega di competenze nel sistema dei rapporti tra Stati membri e Comunità europea: la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale*, cit. supra, nota 18, p. 415 ss., sebbene trattasi di una problematica oggetto di copiosa letteratura in materia e, tra l'altro, notoriamente risalente nel tempo (per tutti AA.VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, Angeli, 1978, nonché AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto comunitario e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1991).

⁶⁹ Ciò nella sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2005, n. 406, depositata in cancelleria il 3 novembre 2005. Come è noto, il rapporto controverso riguardava il contrasto tra una legge regionale (artt. 1 e 2 della legge della Regione Abruzzo 1° aprile 2004, n. 14, *Disposizioni urgenti in materia di zootecnia*) e una direttiva comunitaria (direttiva n. 2000/75/Ce del Consiglio che stabilisce disposizioni specifiche relative alle misure di lotta e di eradicazione della febbre catarrale

questo senso, pertanto, essa realizza un *overruling* anche delle sue stesse competenze in materia comunitaria.

Teresa Russo**

degli ovini) tale da condurre ad una pronuncia di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., comma 1, anche perché la disapplicazione all'interno di un'area regionale della normativa sovranazionale incide sulla sua complessiva efficacia, che evidentemente presuppone una uniformità di comportamenti (punto 3). È, altresì, da segnalare che la Corte dichiara la violazione del solo art. 117 Cost., comma 1, rimanendo assorbiti gli altri profili di censura, pur invocati dal Presidente del Consiglio dei Ministri nel ricorso e riguardanti la violazione degli ambiti di competenza statale, nella specie art. 117, secondo comma, lett. *g.* e *s.* Pertanto, è ancora una volta l'art. 117, comma 1, Cost. che la Corte utilizza per dichiarare l'illegittimità della legge della Regione Abruzzo (l. n. 14/2004) per aver disposto la sospensione della campagna di profilassi della febbre catarrale ovina in contrasto con una specifica direttiva comunitaria. In tale giudizio, la Corte costituzionale vaglia direttamente la conformità delle disposizioni impugnate con quelle della direttiva, svolgendo, quindi, la funzione interpretativa propria della Corte di giustizia comunitaria (art. 220 CE), probabilmente perché essendo palese il contrasto (come essa stessa ammette, punto 3) non sussistevano dubbi interpretativi.

⁷⁰ Inoltre, nel giudizio avente ad oggetto la legittimità costituzionale di una legge della Regione Sardegna istitutiva di un particolare tributo regionale, la nostra Corte costituzionale ha ritenuto necessario sottoporre in via pregiudiziale alla Corte comunitaria questioni di interpretazione di alcune norme del Trattato CE in quanto rientranti nell'oggetto del giudizio promosso in via principale. In tale tipologia di giudizi, la stessa è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia. Ove un simile rinvio non fosse possibile, ad avviso della Corte, «(...) risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE». Così espressamente la nostra Corte costituzionale nell'ordinanza del 13 febbraio 2008, depositata il 15 aprile 2008 n. 103. Tale "inversione di rotta", peraltro più volte paventata come necessaria dalla dottrina, risponderebbe alla necessità di un dialogo diretto tra le due Corti (sul punto v. per tutti, S. M. CARBONE, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 707 ss.). L'occasione è stata data dai ricorsi promossi dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti degli artt. 2, 3 e 4 della legge della Regione Sardegna 11 maggio 2006, n. 4 (*Disposizioni varie in materia di entrate di riqualificazione della spesa, politiche sociali e di sviluppo*), sia nel testo originario sia nel testo sostituito, rispettivamente dai commi 1, 2 e 3 dell'art. 3 della legge regionale 29 maggio 2007, n. 2 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione - Legge finanziaria 2007*), nonché dell'art. 5 della stessa, istitutivi dell'imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto. Nella specie, la Corte, ritenendo che nell'ambito del giudizio di legittimità promosso si ponessero in via pregiudiziale dubbi di interpretazione della normativa comunitaria come elemento integrativo del parametro di cui al primo comma dell'art. 117 della Costituzione, decide di sottoporre alla Corte di giustizia CE le questioni di interpretazione degli artt. 49 e 87 CE.

** Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

**ADESIONE DELLA ROMANIA ALL'UNIONE EUROPEA
E REATI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE COMMESSI
DAI RUMENI PRIMA DELL'ADESIONE**

**Corte di cassazione penale, Sezioni Unite
Sentenza del 16 gennaio 2008, n. 2451***

Procedimento penale a carico di M. P. alias B. P.

Art. 2, comma 2, cod. pen. - Fonti del diritto - Leggi - Legge penale - Successione di leggi - Norme extrapenali - Modificazioni - Applicabilità - Condizioni - Fattispecie.

In tema di successione di leggi penali, la modificazione della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice esclude la punibilità del fatto precedentemente commesso se tale norma è integratrice di quella penale oppure ha essa stessa efficacia retroattiva. (Nella specie, la Corte ha ritenuto che l'adesione della Romania all'Unione europea, con il conseguente acquisto da parte dei rumeni della condizione di cittadini europei, non ha determinato la non punibilità del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore di allontanamento dal territorio dello Stato commesso dagli stessi prima del 1° gennaio 2007, data di entrata in vigore del Trattato di adesione, in quanto quest'ultimo e la relativa legge di ratifica si sono limitati a modificare la situazione di fatto, facendo solo perdere ai rumeni la condizione di stranieri, senza che tuttavia tale circostanza sia stata in grado di operare retroattivamente sul reato già commesso).

(Omissis) In diritto

L'adesione di uno Stato all'Unione europea non costituisce un dato formale ma giunge al termine di un percorso di non breve periodo che lo Stato candidato è tenuto a compiere sotto il controllo dell'Unione per adeguare le proprie strutture economiche, sociali e ordinamentali ai parametri stabiliti. E l'adesione a sua volta è produttiva

* In argomento v. *infra*, p. 297 ss., il contributo di MARIA TERESA STILE.

va di rilevanti effetti, uno dei quali è costituito dalla libertà, per i cittadini dello Stato, di circolare all'interno dell'Unione. Perciò non può ritenersi che i cittadini rumeni, ai fini penali, vadano trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione e che i reati commessi quando essi per il nostro ordinamento erano stranieri siano divenuti non punibili in forza dell'art. 2 c.p., comma 2. La situazione di fatto e di diritto antecedente all'adesione e quella successiva sono diverse e richiedono quindi logicamente trattamenti, anche penali, diversi.

Se si dovesse ritenere il contrario, rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione europea si verificherebbe una situazione paradossale, che darebbe luogo a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione. Inoltre, come è stato giustamente rilevato, «la consapevolezza dell'agente che di lì a breve il proprio Stato entrerà nella CE lo indurrebbe a trasgredire senza timore alcuno il dlgs n. 286 del 1998, art. 14, comma 5 ter, confidando poi nella successiva *abolitio criminis*».

È da aggiungere che esiste una regolamentazione dell'ingresso, del soggiorno in Italia e dell'allontanamento dei cittadini dell'Unione europea, diversa da quella prevista per gli stranieri e più volte modificata nel tempo (dpr 30 dicembre 1965, n. 1656; dpr 18 gennaio 2002, n. 54; dlgs 6 febbraio 2007, n. 30 e, da ultimo, d.l. 29 dicembre 2007), e che l'essere in un dato momento cittadino dell'Unione o straniero comporta l'applicazione dell'una o dell'altra normativa. Perciò può ben darsi il caso di una persona soggetta ad espulsione, in quanto straniera, ma che avrebbe anche potuto essere allontanata, ricorrendone le condizioni, se fosse stata cittadino dell'Unione. Ciò significa che alla diversa qualità della persona si collegano due statuti diversi (anche per quanto riguarda il trattamento penale) e che al cambiamento della qualità consegue il cambiamento dello statuto, il quale non può operare retroattivamente.

In conclusione deve escludersi che l'adesione della Romania all'Unione europea abbia determinato l'abolizione del reato previsto dal dlgs n. 286 del 1998, art. 14, comma 5 ter, commesso dai cittadini rumeni prima del 1° gennaio 2007, giorno di entrata in vigore del Trattato di adesione.

È quindi esclusa l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non è più previsto come reato.

(*Omissis*)

SUCCESSIONE DI NORME EXTRAPENALI E FATTISPECIE INCRIMINATRICE: REATI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE E CITTADINI NEOCOMUNITARI

Sommario: *Premessa - 1. Interferenze del diritto comunitario sul diritto penale nazionale - 2. Le c.d. modifiche mediate della fattispecie penale - a. Gli orientamenti della dottrina - b. Gli orientamenti della giurisprudenza - 3. I nuovi cittadini dell'Unione europea e il problema dell'abolitio criminis dei reati in materia di immigrazione - 4. I contrasti giurisprudenziali su questioni affini - 5. Considerazioni conclusive.*

Premessa

Da poco meno di un quinquennio sono entrati a far parte dell'Unione europea alcuni Stati dell'Europa dell'Est, le cui popolazioni già da tempo si erano caratterizzate per un intenso fenomeno migratorio clandestino¹ verso altri Paesi della stessa Europa, compresa l'Italia.

La loro massiccia presenza, nel nostro territorio, ancor prima dell'acquisita cittadinanza europea², ha investito l'apparato amministrativo di non pochi problemi concernenti non solo l'esigenza di assicurare una *umanitaria* accoglienza, ma anche quella di promuovere un adeguato controllo della condotta di questi "stranieri", a volte rifugiatisi in Italia per sfuggire alle conseguenze di comportamenti illeciti tenuti nei loro Paesi, altre volte qui venuti illegalmente nella speranza di un miglioramento della loro condizione di vita, ma costretti a delinquere proprio per il loro *status* di clandestini.

¹ Cfr., in part., L. SICO, *Contrasto internazionale all'immigrazione clandestina*, in U. LEANZA (a cura di), *Le Migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 133 ss.

² Per un'ampia ed approfondita analisi in tema di cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone, v. M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, in *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006. V., inoltre, sul versante internazionalistico, I. CARACCILO, *Migrazione, formazione ed integrazione*: atti del Convegno, 29 e 30 novembre 2004, (a cura di) I. CARACCILO e M. C. CICIRIELLO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006; e F. GRAZIANI, *Antichi e nuovi "rifugiati" nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

Come è noto, la rilevanza del fenomeno è stata notevolissima³ pure sul piano giudiziario e le sue ripercussioni sembrano – come appresso si dirà – avere inciso sugli stessi orientamenti dei giudici di legittimità, anche se, in seguito all'acquisto della nuova cittadinanza di queste popolazioni, gli inconvenienti manifestatisi nel pregresso periodo sono destinati a scemare gradualmente nel tempo. In proposito, è opportuno sin da ora rammentare che, a partire dal 1° maggio 2004, ben dieci nuovi paesi (Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria, Slovacchia, Estonia, Lettonia, Lituania, Slovenia, Malta e Cipro) sono entrati a far parte dell'UE, ai quali si sono aggiunti a circa due anni di distanza – il 1° gennaio 2007 – la Romania e la Bulgaria⁴.

Dalle suddette date i cittadini appartenenti a detti Paesi non sono più considerati extracomunitari e, come tali, non sono più soggetti alle norme restrittive sugli spostamenti all'interno dell'Unione. Agli stessi, quindi, da tali date non si applicano più le disposizioni del dlgs 25 luglio 1998 n. 286 e successive modifiche e integrazioni (Testo unico sull'immigrazione), ma trovano applicazione le disposizioni del Testo Unico in materia di circolazione e soggiorno dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea⁵.

La circostanza che detti Paesi siano entrati a far parte dell'Unione europea, con il conseguente diritto delle relative popolazioni ad entrare e circolare liberamente nell'ambito dei Paesi aderenti, non vale, tuttavia, a risolvere la questione della persistenza o meno del carattere criminoso delle condotte poste in essere da soggetti qualificabili come stranieri al momento della commissione del fatto (in quanto appartenenti a Stati non membri dell'UE) e successivamente divenuti cittadini comunitari (e che in tale qualità sono chiamati a rispondere dell'illecito penale in materia di immigrazione). È, infatti, tuttora controverso se, in conseguenza del mutamento della qualifica soggettiva le condotte realizzate antecedentemente all'adesione dello Stato di appartenenza all'UE rilevino penalmente o meno.

Si tratta di questione che non è circoscritta alle fattispecie in cui lo straniero è soggetto attivo (artt. 6, comma 3, 13, commi 13-13 *bis*, 14, comma 5 *ter*, dlgs n. 286 del 1998), ma che si estende anche a quelle in cui lo straniero è soggetto passivo (artt. 12, 22, comma 12, 24, comma 6, dlgs n. 286 del 1998)⁶.

³ Sulle iniziative in materia di ingresso, soggiorno ed integrazione degli immigrati extracomunitari, cfr. S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 183.

⁴ L'ingresso nella UE della Romania e della Bulgaria è avvenuto, infatti, a decorrere dal 1° gennaio 2007, in forza dell'art. 4 del Trattato di adesione all'Unione europea (in *Gu-UE* n. L 157 del 21 giugno 2005, p. 11) sottoscritto a Lussemburgo il 25 aprile 2005 tra le suddette due Repubbliche, da un lato, e tutti gli altri Stati membri dell'Unione europea, dall'altro, cui ha fatto seguito la legge di ratifica del 9 gennaio 2006, n. 16.

⁵ Dpr n. 54 del 18 gennaio 2002 e successive modifiche ed integrazioni, cui ha fatto seguito, con effetto abrogativo del primo, il dlgs n. 30 del 6 febbraio 2007, in attuazione della direttiva 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.

⁶ Sull'argomento, di recente, cfr. A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate del-*

1. Interferenze del diritto comunitario sul diritto penale nazionale

Prima ancora di esaminare nello specifico il problema della permanenza del reato in capo ai cittadini appartenenti ai Paesi di recente adesione all'UE, giova considerare che al diritto comunitario è unanimemente riconosciuta la supremazia sul diritto nazionale dei singoli Stati membri della UE⁷. Da molto tempo, ormai, su questo tema la Corte di giustizia si è inequivocabilmente pronunciata in tal senso, evitando conflitti ordinamentali⁸.

In Italia gli artt. 11 e 117 Cost. legittimano, del resto, le limitazioni di sovranità necessarie per dar vita ad ordinamenti sovranazionali, quale è quello comunitario. In forza di questo fondamento costituzionale, l'ordinamento comunitario opera direttamente in quello italiano con le proprie caratteristiche, fra cui quella del proprio primato sul diritto interno⁹; ciò senza incontrare ostacoli di sorta, salvo il caso, piuttosto improbabile, in cui dovesse verificarsi un contrasto con i principi supremi del diritto costituzionale italiano o con il contenuto essenziale dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione¹⁰. Caso improbabile, anche se non del tutto teorico, tenuto conto del riconoscimento, da parte della Corte di giustizia, dei principi comuni del diritto costituzionale degli Stati membri come principi del diritto comunitario¹¹. La dimensione sovranazionale del diritto comunitario e la sua prevalenza sul diritto degli Stati membri comporta il dovere degli stessi di adeguare il proprio diritto ai

la fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2701; L. RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite nei confronti delle modifiche mediate della fattispecie penale*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2008, p. 315 ss.; M. GAMBARDELLA, *Nuovi cittadini dell'Unione Europea e abolitio criminis parziale dei reati in materia d'immigrazione*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 909 ss.

⁷ Sulla supremazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, cfr. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 117 ss.

⁸ Sul primato del diritto comunitario anche sulle norme costituzionali v. sentenza del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Raccolta*, p. 1125, punto 3; sentenza del 17 dicembre 1989 in cause riunite da n. 97 a n. 99/87, *Dow Chemical Iberica*, in *Raccolta*, p. 3165, punto 38. Cfr., in dottrina, U. VILLANI, *Nel contrasto con il diritto europeo Consulta rigorosa sui valori costituzionali*, in *Guida al diritto/Diritto comunitario e internazionale*, n. 6/2005, p. 8 ss.

⁹ Sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 371 ss.

¹⁰ V., per tutti, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008, p. 203 ss.; e ID., *Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in AA. VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 177.

¹¹ Sulla possibilità di antinomie tra regole comunitarie e principi costituzionali nazionali, v., in particolare, R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali*, relazione al Convegno «La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale, Corti europee e giudice nazionale» - Corte di Cassazione, Roma 21 gennaio 2009, p. 31 ss. Il testo della relazione è disponibile sul sito internet: <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=276>.

dettami del legislatore comunitario, salvo a non incorrere nella violazione del principio di leale cooperazione¹².

Ciò posto, va rimarcato che detta prevalenza e l'apertura del sistema giuridico interno a fonti di matrice comunitaria non si concretizzano in termini assoluti, perlomeno nel sistema costituzionale italiano. Infatti, nel campo penale, vige il principio di legalità, sancito dall'art. 25, comma 2, della Costituzione, secondo il quale «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Tale principio – riconosciuto dallo stesso diritto comunitario¹³ – unitamente al suo corollario della riserva di legge, assicura che la produzione della normativa a carattere penale sia di derivazione diretta dal corpo elettorale e che abbia quindi una legittimazione democratica quanto alla produzione. La riserva di legge costituisce, assieme alla tassatività, all'irretroattività e al divieto di analogia, uno dei sotto-principi in cui si articola il più ampio principio di legalità.

Prevedendo il principio di legalità, la Costituzione ha recepito quanto precedentemente disposto dall'art. 1 del codice penale, il quale afferma che «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

Se e fino a che punto, di fronte a questo enunciato, le norme comunitarie si trovino nell'impossibilità di incidere sul sistema penale nazionale costituisce, tuttora, argomento di acceso dibattito interno, certamente non affrontabile in questa sede¹⁴.

Qui è sufficiente affermare, in relazione alla nostra Costituzione, l'attuale difficoltà a trarre conclusioni del tutto negative sui limiti che l'ordinamento italiano può opporre al recepimento del diritto penale di formazione europea. L'evoluzione della teoria dei controlimiti nella giurisprudenza e nella dottrina costituzionali¹⁵ non sembra infatti attribuire alla riserva di legge in materia penale di fonte nazionale valore di controlimite rispetto alle norme di derivazione europea. In questa prospettiva si è coerentemente affermato che – accettando, in linea generale, la limitazione di sovranità derivante dall'adesione all'UE e, quindi, per ciò stesso, l'idoneità delle norme europee a derogare a quelle norme costituzionali che non siano espressione di principi supremi –

¹² Il principio trova il suo fondamento nell'art. 10 del Trattato, che impone agli Stati membri di assicurare l'esecuzione degli obblighi sanciti dal diritto comunitario, facilitare l'assolvimento dei compiti della Comunità ed astenersi dal porre in essere misure che possano compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato.

¹³ Sui limiti di applicazione del principio di legalità in relazione al secondo e al terzo pilastro dell'Unione europea, v., in particolare, A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 5 ss.

¹⁴ V., in argomento, A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 7.

¹⁵ V. M. CARTABIA - A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4478.

non vi sia ragione per ritenere che detta limitazione di sovranità non debba estendersi anche alla materia della responsabilità penale¹⁶.

Non vi è dunque ontologica esclusione del diritto comunitario dall'ambito del diritto penale nazionale e, quindi, assoluta impermeabilità di quest'ultimo rispetto al primo, risultando possibili fenomeni invasivi destinati a creare una sorta di varchi lungo lo sbarramento – già di per sé compromesso dalla richiamata teoria – posto tra i due settori ordinamentali¹⁷.

L'emersione di beni giuridici di interesse comunitario ha, infatti, avuto l'effetto di favorire talune forme di criminalità, che per le loro caratteristiche e per le dimensioni assunte esorbitano dai confini di un singolo Stato, determinando l'esigenza di disciplinare in maniera armonizzata alcune materie di competenza comunitaria. Ne è derivata, sotto questo profilo, una progressiva espansione del diritto penale nazionale, in linea con le scelte di politica legislativa della Comunità, che, pur non incidendo direttamente sulle singole determinazioni del legislatore interno, hanno, esercitato una forza espansiva indiretta e riflessa o anche, a seconda dei casi, restrittiva, nell'area di rilevanza penale per il diritto interno.

Sul primo versante, il fenomeno si manifesta con l'assimilazione, sul piano della tutela, del bene giuridico nazionale con un corrispondente bene giuridico di rilevanza comunitaria¹⁸.

Sul secondo versante, l'incidenza del diritto comunitario sul diritto pena-

¹⁶ V. G. ARMONE, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea: quale futuro*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 590; S. RIONDATO, *Profili processual-penalistici di influenza del diritto comunitario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 121; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1439. Deve, inoltre, segnalarsi che, con la sentenza della Corte giustizia del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, è stata annullata la decisione-quadro n. 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, per violazione del principio di indivisibilità sancito dall'art. 47 TUE. Infatti, nella prospettiva di una stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e di polizia dei Paesi membri UE e nell'ottica di un sensibile riavvicinamento delle normative degli Stati membri in materia penale (art. 29 TUE), nonostante l'art. 34 TUE attribuisca al Consiglio la competenza ad adottare decisioni-quadro per la armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, secondo detta sentenza, la decisione-quadro avrebbe sconfinato nelle competenze che l'art. 175 CE attribuisce alla Comunità atteso che la tutela dell'ambiente costituisce, ai sensi dell'art. 2 CE, obiettivo normativo essenziale per la Comunità.

¹⁷ L'evolversi dei rapporti tra ordinamento italiano e diritto penale di formazione europea, trova recente conferma nella direttiva n. 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, con la quale la Comunità obbliga gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela ambientale.

¹⁸ Si pensi alla proliferazione di fattispecie penali, in Italia, a tutela degli interessi economici della Comunità; intento, perseguito dal legislatore – a volersi limitare a qualche esempio –, approntando, con l'introduzione dell'art. 640 bis, una configurazione edittale della pena più severa per le condotte truffaldine finalizzate al conseguimento di finanziamenti ed erogazioni statali o comunitarie rispetto a quelle rivolte a profitti di diversa tipologia, anche se ugualmente forieri di un danno erariale. Analogamente, con l'art. 4, comma 1, della legge 20 settembre 2000, n. 300, è stato previsto il reato di indebita percezione di erogazioni a danno non solo dello Stato e degli altri Enti pubblici, ma anche delle Comunità europee, nell'ipotesi dell'utilizzo di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere.

le nazionale si traduce in una riduzione dell'area della fattispecie penalmente sanzionata, operando essa *in bonam partem* con la conseguenza di una sua conciliabilità con la riserva assoluta di legge ispirata, anch'essa, al principio del *favor libertatis*. Nel concreto la fonte comunitaria inciderà sul diritto interno attraverso la disapplicazione della norma interna contrastante con quella presente in sede comunitaria.

Si pensi a quelle norme derivanti direttamente dal Trattato CE, dotate, in quanto tali, di legittimazione democratica, che hanno riconosciuto diritti nuovi per i cittadini della CE e quindi reso incompatibili con gli stessi taluni reati posti a tutela proprio di quei diritti riconosciuti dalla Comunità. È il caso, ad esempio, del diritto di stabilimento, del diritto di soggiorno ecc., le cui fattispecie incriminatrici degli Stati membri non vengono abrogate per contrasto con il diritto comunitario ma vengono soltanto disapplicate.

Si comprende, del resto, come una diversa soluzione, che consentisse agli Stati membri di configurare fattispecie penali incompatibili con il diritto comunitario, non solo rischierebbe di compromettere il raggiungimento dei fini propri della normativa comunitaria, ma potrebbe determinare, nell'ambito degli ordinamenti nazionali, possibili contrapposizioni per effetto dell'applicazione sia della disposizione comunitaria (se dotata di diretta applicabilità) sia della norma penale con essa confligente.

Ciò nonostante, proprio negli ultimi tempi, si sono poste all'attenzione della dottrina e dei giudici alcune fattispecie dotate di propria specificità ed in quanto tali non agevolmente collocabili lungo il percorso argomentativo appena tracciato. In particolare – come in premessa riferito –, si è acceso un dibattito, per nulla sopito in seguito al recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione¹⁹, in ordine alla interferenza delle fonti di origine comunitaria sul soggetto attivo della fattispecie penale interna ed alle conseguenze derivanti dalla innanzi segnalata sopravvenuta acquisizione della cittadinanza comunitaria da parte di autori di condotte penalmente sanzionabili sol perché privi di tale requisito.

2. Le c.d. modifiche mediate della fattispecie penale

L'oggetto del dibattito di cui si è fatto cenno si inquadra nella più complessa tematica della successione di norme integratrici della legge penale o, come anche si qualifica, della c.d. «successione mediata di fattispecie incriminatrici», che si verifica quando ad essere interessato dall'intervento modificatore non sia tanto il precetto, quanto un elemento normativo della fattispe-

¹⁹ Si allude, in particolare, a Corte cass., SS.UU., sentenza 16 gennaio 2008, n. 2451, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 307 ss.

cie (un elemento, cioè, per l'inquadramento e la corretta delimitazione del quale necessita di un rimando a fonti extrapenali).

La soluzione delle questioni che si profilano ha come referente l'art. 2 c.p., il quale contempla al suo interno il fenomeno successorio di norme penali nel tempo, prospettando tre differenti ipotesi: *a.* la previsione di una fattispecie di reato prima sconosciuta, o l'estensione della portata incriminatrice di una fattispecie già esistente (1 comma); *b.* l'*abolitio criminis*, ossia l'abrogazione, da parte della legge posteriore, di una precedente ipotesi di reato, rendendo le condotte dalla medesima vietate penalmente irrilevanti, oppure la restrizione della portata precettiva della previgente incriminazione (2 comma); *c.* l'*abrogatio sine abolitione*, allorché la legge introduca una disciplina diversa per un reato già regolato da una disciplina precedente (3 comma). In quest'ultimo caso non si ha un passaggio da un fatto lecito ad un reato, come nella prima ipotesi, o da un reato ad un fatto lecito, come nella seconda ipotesi, bensì un più complesso fenomeno di norme incriminatrici, rispetto al quale trova attuazione la regola del *favor rei*, ossia, in concreto, nell'applicazione del principio di retroattività della norma che introduce la disciplina più favorevole e di irretroattività della norma che regola la fattispecie in termini meno favorevoli.

È di tutta evidenza che, in quest'ultimo caso, l'accertamento deve avvenire valutando le conseguenze che discendono dall'applicazione dell'intera cornice normativa offerta dalle due norme. Non basta, quindi, fondare il giudizio sulla sola constatazione che una norma riconnetta al perfezionamento del fatto tipico sanzioni più severe, ma occorre anche verificare, ad esempio, l'eventuale previsione di un diverso regime di procedibilità o di prescrizione, o magari di una condizione obiettiva di punibilità tale da condizionarne la portata precettiva; una compiuta valutazione comparativa non può dunque prescindere dalla situazione fattuale oggetto di giudizio²⁰.

La disciplina codicistica appena esposta non è stata, tuttavia, sufficiente ad impedire i contrasti ancora aperti in dottrina e giurisprudenza con riguardo alle ipotesi di modifiche concernenti elementi normativi della fattispecie o disposizioni integratrici di norme penali in bianco; contrasti, la cui asperità si giustifica perché essi, lungi dall'essere espressione di una mera disputa teorica, sono ricchi di implicazioni pratiche, dipendendo dalla soluzione esegetica accolta la condanna o il proscioglimento dell'imputato.

²⁰ In tal senso, v. Cass. pen. 2 ottobre 2003 n. 40915 in ItalgiureWeb - Corte di cassazione, ove si afferma il principio secondo cui «l'individuazione, tra una pluralità di disposizioni succedutesi nel tempo, di quella più favorevole al reo, va eseguita non in astratto, sulla base della loro mera comparazione, bensì in concreto, mediante il confronto dei risultati che deriverebbero dall'effettiva applicazione di ciascuna di esse alla fattispecie sottoposta all'esame del giudice».

a. *Gli orientamenti della dottrina*

Un primo orientamento²¹ considera la fattispecie astratta di reato come punto di riferimento della successione di leggi e distingue, pertanto, le norme extrapenali a seconda che siano integratrici o "non integratrici" del precetto penale. Mentre queste ultime risulterebbero per definizione estranee al senso dell'incriminazione e, come tali, sottoposte alla regola generale prevista dall'art. 11 disposizioni sulla legge in generale, che esclude, in linea di principio, l'efficacia retroattiva della legge, le prime, proprio perché integrano la norma incriminatrice, sono sottoposte alle regole di cui all'art. 2, comma 2, c.p. Norme extrapenali "integratrici" sono, secondo tale orientamento, oltre quelle richiamate dalle c.d. norme penali in bianco, quelle c.d. *definitorie*, in quanto volte ad individuare l'ambito di rilevanza penalistica di alcuni elementi di fattispecie. Un caso di norma definitiva potrebbe, allora, individuarsi nella definizione di "straniero" ai sensi dell'art. 1 dlgs n. 286/1998.

Un secondo indirizzo²² attribuisce funzione *lato sensu* "integratrice" a qualsiasi norma extrapenale rispetto alla fattispecie di reato. In questa prospettiva, non essendo possibile adottare un criterio generale per risolvere la questione della rilevanza delle modifiche mediate sulla fattispecie penale, occorre valutare, caso per caso, l'incidenza della mutazione della norma extrapenale sullo scopo dell'incriminazione e, quindi, sull'eventuale venir meno della necessità di punire il reo.

Un terzo orientamento²³, infine, muovendo dal presupposto che nel concetto di «fatto», accolto dall'art. 2, comma 1, c.p., rientrerebbero tutti gli elementi normativi extrapenali, riconduce anche la successione indiretta di leggi penali ai criteri generali sanciti dal comma 2 del medesimo articolo. Il «fatto costituente reato», secondo questo orientamento, è il «fatto storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice»²⁴. Ogni variazione del contenuto della norma extrapenale è destinata, pertanto, ad incidere sul disvalore del reato-base, con conseguente rilevanza (anche) delle modifiche mediate della fattispecie²⁵.

²¹ V., tra gli altri, D. PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 314; C. PODO, voce *Successioni di leggi penali*, in *NssDi*, XVIII, Torino, UTET, 1971, p. 658; più di recente, v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del c.p.*, Milano, Giuffrè, 2004, sub art. 2, p. 9; C. PECORELLA, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Parte Generale, sub art. 2, Milano, Ipsoa, 2006, p. 50 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 273.

²² V., per tutti, C. F. GROSSO, *Successione di norme integratrici di legge penale e successioni di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1209.

²³ V. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 94 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 43; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2004, p. 308.

²⁴ In questi termini, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit. *supra*, nota 21.

²⁵ Apertamente favorevole a tale impostazione, v. L. RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite*, cit. *supra*, nota 4.

b. *Gli orientamenti della giurisprudenza*

Nella valutazione dei rapporti di “integrazione” tra norma penale ed extrapenale, la giurisprudenza di legittimità ha, nella maggior parte dei casi, ritenuto che «la successione nel tempo di leggi extrapenali, che modificano il contenuto del precetto sanzionato penalmente, non intacca la configurazione tipica della norma incriminatrice, la quale definisce soltanto la struttura essenziale e circostanziale del reato, e non fa venir meno il disvalore del fatto anteriormente commesso»²⁶; sicché deve escludersi ogni possibilità di applicazione dell’art. 2, comma 2, c.p.

A questo orientamento si sono contrapposte nel tempo alcune pronunce della giurisprudenza di merito²⁷, mentre non mancano precedenti della stessa Corte di legittimità²⁸, che seguono un percorso diverso da quello maggioritario, ritenendo che per “legge incriminatrice” deve appunto intendersi «il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto». Tra questi elementi, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo.

Pertanto, in questa prospettiva, se la *novatio legis* riguarda la qualità del soggetto attivo, il venir meno di detta qualità non può non determinare in favore di quel soggetto l’applicazione del principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall’art. 2 c.p. Ne discende che il fatto storico, da considerarsi illecito nel momento in cui fu commesso, non deve più considerarsi tale in seguito alla perdita della specifica “qualità” del soggetto attivo, non corrispondendo più alla fattispecie astratta del reato. Ne discende ancora, nella medesima prospettiva, che la successione di norme extrapenali, ove abbiano ad oggetto non la semplice mutazione di una norma extrapenale richiamata da elemento normativo, ma la modifica dello stesso *presupposto extrapenale di rilevanza di una norma incriminatrice*²⁹, deve ritenersi sottoposta al regime del *favor rei*.

Non mancano, poi, alcune sentenze piuttosto recenti della Corte di legittimità, estensive anch’esse della portata del concetto di norma extrapenale integratrice in considerazione del fatto che anche le norme «non ricomprese nel

²⁶ Cfr. Cass. pen., sez. III, sent. 24 gennaio 2003 n. 1571, *Castagna*, in *Dir. pen e proc.*, 2003, p. 993 ss., con nota di L. RISICATO, *Interventi di recupero edilizio e successione di norme extrapenali: le c.d. “modifiche mediate” della fattispecie incriminatrice*; Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2007, *Ferlazzo*, in www.iuritalia.it, richiamata da Cass. pen. SS. UU. sent. 16 gennaio 2008 n. 2451, *cit. supra*, nota 17.

²⁷ Nel senso, ad esempio, del venir meno del delitto ex art. 416 c.p. nel caso di *abolitio criminis* dei reati-fine, cfr. App. Firenze, 21 giugno 1991, *Conciani*, in *Foro it.*, 1992, II, c. 301.

²⁸ Cfr. Cass. pen., SS. UU., sent. 23 maggio 1987, n. 8342, *Tuzet*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 695 ss., con nota di C. E. PALIERO, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è “comune” la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*.

²⁹ Cfr. C. PECORELLA, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, *cit. supra*, nota 19, p. 64, che così correttamente interpreta l’orientamento in parola.

precetto penale ne costituiscono, tuttavia, l'indispensabile presupposto o concorrono, comunque, a determinarne il contenuto»³⁰.

Da ultimo³¹ è stato osservato come, nell'ambito della fattispecie penale, le norme extrapenali non svolgano tutte la stessa funzione e, nel caso delle norme penali in bianco, possano addirittura costituire il precetto. È stato, pertanto, ritenuto necessario operare una differenziazione tra le norme integratrici della fattispecie penale e quelle che tali non possono essere considerate, richiamando la distinzione alla quale si ricorre anche nell'applicazione del terzo comma dell'art. 47 c.p., per decidere se un errore su una legge diversa da quella penale escluda o meno la punibilità, in relazione al quale lo stesso legislatore ha riconosciuto l'esistenza di leggi diverse da quelle penali, alle quali ha ricollegato un diverso trattamento dell'errore; sicché ben può ritenersi che anche agli effetti dell'art. 2 c.p. le leggi diverse da quelle penali possano avere trattamenti diversi.

La stessa giurisprudenza ha poi puntualizzato che la retroattività, mentre per le norme penali di favore rappresenta la regola (art. 2, commi 2, 3 e 4, c.p.), anche se può subire deroghe³², per le norme diverse da quelle penali costituisce un'eccezione (art. 11 disposizioni sulla legge in generale), sicché una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama³³.

Oltre che rispetto alle norme integratrici di quelle penali, l'art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento ma per l'assetto giuridico

³⁰ V. in part. Cass. pen., sez. III, sent. 1° febbraio 2005, n. 9482, *Pitrella*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 425. Merita menzione anche Cass. pen., sent. 11 maggio 2006 n. 16228, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1633 ss., con nota di L. RISICATO, *Successione di norme "integratrici" e mancanza di chiamata alla leva: si consolida il revirement della Cassazione*, secondo cui alla fattispecie di reato di mancata chiamata alle armi, di cui agli artt. 151 e 154 c.p.m.p., non essendo stata essa abolita, si applica il quarto e non il secondo comma dell'art. 2, c.p., per il quale «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile».

³¹ Cass. pen., SS.UU., sent. 16 gennaio 2008 n. 2451, *cit. supra*, nota 17. Sulla stessa linea di detta sentenza si pongono le successive Corte cass., I sez., pen., sent. 28 febbraio 2008 n. 10265 e 5 giugno 2008 n. 23557, riportate in *ItalGiureWeb*.

³² Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Guri* n. 47 del 20 novembre 2006.

³³ Così – come meglio si argomenterà nel successivo paragrafo –, nell'art. 14, comma 5 *ter*, del dlgo n. 286/98, le parole «lo straniero» ben potrebbero essere sostituite con le parole «il cittadino di Stato non appartenente all'Unione europea e l'apolide» (secondo l'indicazione dell'art. 1 del dlgo n. 286/98), nel qual caso si verificherebbe certamente una successione di leggi penali se questa definizione cambiasse, escludendo l'apolide o il cittadino di Stati di cui è previsto l'ingresso nell'Unione (per questo esempio, v. ancora, Cass. pen., SS.UU., n. 2451/2008, *loc. cit.*).

In casi come questi si può parlare di modificazioni mediate della norma incriminatrice, da trattare, alla stregua dell'art. 2 c.p., come una successione di norme penali.

che realizzano, come può accadere per le norme penali richiamate dalla norma incriminatrice (e da considerare perciò alla stregua di norme extrapenali, nel senso di norme esterne a quella penale descrittiva del reato)³⁴.

3. I nuovi cittadini dell'Unione europea e il problema dell'*abolitio criminis* dei reati in materia di immigrazione

Il quadro appena delineato, sia pur in maniera estremamente sintetica, degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di successione di norme extrapenali, consente di meglio evidenziare le peculiarità delle soluzioni adottate, specie dai giudici di legittimità, nell'ambito della medesima problematica, ma con riferimento ai reati di immigrazione clandestina, di cui al dlgs n. 286/1998, posti in essere nella fase compresa tra la realizzazione della fattispecie criminosa e l'adesione alla UE del Paese di appartenenza dell'autore del fatto.

I termini della questione, pur non essendo diversi da quelli che si pongono tutte le volte in cui la nuova norma incide sulla qualificazione soggettiva dell'autore della condotta criminosa, ha reso il dibattito appena esposto ancor più acceso, per la presenza di soluzioni non del tutto coerenti rispetto ai percorsi logici sopra tracciati. Infatti, la disciplina dell'immigrazione clandestina si applica ex art. 1, comma 1, del Testo Unico ai cittadini extracomunitari e agli apolidi, rientranti nella definizione di "stranieri", sicché tale disciplina non trova più applicazione per i cittadini degli Stati divenuti nuovi membri dell'Unione europea; ciò perché le persone appartenenti a questi Paesi non possono più realizzare le varie figure di «reato proprio» ivi previste, quali, ad esempio, la mancata esibizione da parte dello straniero del documento di identificazione o del permesso di soggiorno (ex art. 6, comma 3, del Testo Unico) o, ancora, gli illeciti penali collegati al provvedimento di espulsione nei quali il soggetto attivo è lo "straniero" (ex artt. 13 e 14, del Testo Unico). Né, d'altra parte, si possono configurare quei reati del testo unico, nella cui fattispecie lo "straniero" compare come oggetto materiale della condotta, qualora i destinatari della condotta tipica – ad esempio gli stranieri favoriti (ex art. 12 del Testo Unico) o i lavoratori assunti privi di permesso di soggiorno (ex art. 22,

³⁴ Sotto questo aspetto si può ricordare che una recente decisione ha escluso la configurabilità del reato di associazione per delinquere per l'avvenuta depenalizzazione del reato fine, rilevando, tra l'altro, che «l'abrogatio criminis svuota di contenuto penalmente rilevante le finalità del sodalizio», Cass. pen., sent. 12 aprile, 2005 n. 13382, *Screti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 616 ss., annotata da F. PARDINI, *Vecchi e nuovi problemi in tema di successione di norme integratrici*, nonché in *Cass. pen.*, 2006, p. 2070 ss., annotata da A. RESTIGNOLI, *Esclusa la configurabilità del reato di associazione per delinquere per la sopravvenuta depenalizzazione del reato fine*. In questo caso l'effetto retroattivo della norma abolitrice del reato ha inciso sulla fattispecie associativa privandola dello scopo della commissione di fatti-reato.

comma 12, del Testo Unico) – siano cittadini di Stati comunitari.

Il venir meno della configurabilità di tali ipotesi delittuose ha di recente indotto le Sezioni Unite della Cassazione a pronunciarsi su un profilo ermeneutico ritenuto di particolare «rilevanza pratica» e «complessità» concernente la questione di diritto intertemporale circa la incidenza della normativa sopravvenuta, ed in particolare di quella costituita dall'adesione di Romania e Bulgaria all'Unione europea (legge 9 gennaio 2006, n. 16), sulla realizzabilità, a partire dal 1° gennaio 2007 – data in cui i suddetti Paesi sono entrati a far parte dell'Unione europea – di una ipotesi di *abolitio criminis*; e se, quindi, debba o non applicarsi la disciplina dell'art. 2, comma 2, c.p. per i reati in materia di immigrazione commessi anteriormente al 1° gennaio 2007, siano essi già accertati con sentenza irrevocabile (ex art. 673 c.p.p.), siano ancora sottoposti ad accertamento in procedimenti penali ancora in corso.

Conformemente a quanto già asserito in relazione all'entrata a far parte dell'Unione europea di Lettonia e Polonia³⁵, la giurisprudenza di legittimità si è espressa in modo unanime in senso negativo sull'operatività per tali ipotesi delle regole di cui all'art. 2 c.p.

Ad esempio, in tema di favoreggiamento all'immigrazione clandestina (art. 12), si è affermato che la successiva adesione all'Unione europea del Paese di provenienza del clandestino rappresenta una vicenda successiva di norme extrapenali non integratrici del precetto penale, né modificatrici della sanzione, che non fa venir meno il disvalore penale del fatto in precedenza commesso. Pertanto, non trova applicazione il regime di cui all'art. 2, comma 2, c.p.³⁶

Nella stessa direzione, con riferimento al delitto di inosservanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato (art. 14, comma 5 *ter*), si è ritenuto che, quando il Paese di appartenenza dell'autore del reato entra a far parte dell'Unione europea in epoca successiva alla commissione del reato, si è in presenza di una successione nel tempo di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice, né implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, ma attengono al contenuto del precetto con decorrenza temporale dalla efficacia della modifica, senza che venga meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso³⁷.

Con la richiamata recente pronuncia del 2008 le Sezioni Unite della Cassazione, ribadendo la soluzione adottata dal precedente univoco orientamento, ha risolto in senso negativo lo specifico quesito sottopostole. La Corte, in particolare, ha statuito che la qualità di appartenenti all'Unione europea, acqui-

³⁵ Cfr. Cass. pen., sez. VI, sent. 16 dicembre 2004, n. 9233, *Buglione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1566.

³⁶ Cfr. Cass. pen., sent. 11 gennaio 2007, n. 1815, *Ferlazzo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1484, con nota di A. CAPUTO, *Prime note sulle conseguenze penali dell'ingresso di nuovi Paesi nell'Unione europea*; in senso conforme, Cass. pen., sez. I, sent. 15 giugno 2007, n. 29728, in *ItalggiureWeb*.

³⁷ Cfr. sez. I, sent. 22 novembre 2006, n. 42412, *Afloarei*, in *ItalggiureWeb*.

stata dai cittadini della Romania e degli altri Paesi che sono di recente entrati a far parte dell'Unione, non ha inciso sul reato previsto dall'art. 14, comma 5 *ter*, dlgs n. 286 del 1998, determinando una sua parziale abolizione con effetto retroattivo, bensì ha solo dato luogo ad una modificazione della situazione di fatto, che ha reso lecita la loro permanenza in Italia dal momento dell'ingresso dei rispettivi Stati nell'Unione.

Negando la possibilità di applicare la norma di cui all'art. 2 c.p. al reato di ingiustificata permanenza nel territorio italiano, in violazione dell'ordine del questore, commesso da cittadini rumeni prima del 1° gennaio 2007, la Suprema Corte spiega che le norme modificatrici dello *status* dei rumeni non si possono considerare integratrici della norma penale, né possono operare retroattivamente, escludendo che ai fini penali i rumeni vadano trattati come se fossero stati sempre cittadini comunitari e che i reati commessi quando essi erano stranieri per il nostro ordinamento siano divenuti non punibili.

Detta pronuncia ha richiamato il suo precedente³⁸, che aveva escluso in radice la prospettabilità di una dinamica successoria a seguito dell'ingresso in Europa della Polonia, in quanto l'avvicinarsi, nella specie, delle norme extrapenali non era tale da integrare la fattispecie incriminatrice, né tanto meno da implicare un mutamento della disposizione sanzionatoria penale, ritenendo che si fosse determinata una variazione della rilevanza penale del fatto, ma che ciò non avesse fatto venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso.

A tal proposito, a conforto dell'assunto, è stato d'obbligo, come appena accennato, fare riferimento ad ulteriore precedente della stessa giurisprudenza di legittimità³⁹, relativo al caso analogo della Lettonia e Polonia, che si è espressa nei medesimi termini affermando la perdurante sussistenza del disvalore penale delle fattispecie incriminatrici concernenti l'immigrazione clandestina. Anche se la Polonia è entrata a far parte dell'Unione europea, permane il reato di favoreggiamento della immigrazione clandestina sia pure limitatamente ad una determinata categoria di soggetti, quali i cittadini polacchi che ora fanno parte dell'Unione europea. Non è infatti intervenuta alcuna legge che abbia modificato la fattispecie criminosa così depenalizzando la precedente condotta poiché la norma incriminatrice è rimasta invariata e la ratifica del Trattato di adesione all'Unione europea non può considerarsi come norma integratrice del precetto penale sottoposta al regime di cui all'art. 2, comma 2, c.p., né come elemento esterno che ridisegni la fattispecie penale del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina che tale resta in relazione a tutti i soggetti che abbiano la qualifica di cittadini di Stati non appartenenti alla Unione

³⁸ Si allude a Cass. pen. n. 1815/2007, *cit. supra*, nota 34.

³⁹ Corte cass. n. 9233/2004, *cit. supra*, nota 333.

europea, ai sensi dell'art. 1 del dlgo n. 286/98⁴⁰.

Più in dettaglio, sempre secondo la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2451/2008, la soluzione della questione deve essere ricercata facendo riferimento ai criteri già affermati in tema di successione di leggi penali. La Cassazione aveva già escluso la possibilità di accogliere la teoria della doppia punibilità in concreto e aveva affermato che, per individuare il campo di applicazione del secondo comma dell'art. 2 c.p., non ci si può limitare a considerare se il fatto, punito in base alla legge anteriore, sia punito, o meno, anche in base a quella posteriore⁴¹. L'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali, infatti, va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta. Non basta, dunque, riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituisce più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga un ruolo tale da far ritenere che la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato. In questo caso ci si trova in presenza di un'*abolitio criminis* parziale. In altre parole, ha osservato la Corte, nel caso scrutinato la qualità di appartenenti all'Unione europea, acquistata dai cittadini della Romania e degli altri Stati che sono di recente entrati a far parte dell'Unione, non ha inciso sulla fattispecie dell'art. 14, comma 5 *ter*, del dlgo n. 286/1998, con effetto retroattivo, ma ha solo dato luogo a una modificazione della situazione di fatto, che ha reso lecita la loro permanenza in Italia dal momento dell'ingresso dei rispettivi Stati nell'Unione.

La Cassazione opina, dunque, per la soluzione secondo la quale deve escludersi che l'adesione della Romania all'Unione europea abbia determinato l'abolizione del reato previsto dall'art. 14, comma 5 *ter*, del dlgo n. 286/1998, commesso dai cittadini rumeni prima del 1° gennaio 2007. In tale ottica, la qualifica di cittadino di Stato non appartenente all'Unione europea viene in considerazione solo quale presupposto della condotta, che non concorre a definire il precetto penale di cui all'art. 12 del dlgo n. 286/1998.

Diversa sarebbe la conclusione se a cambiare fosse proprio la definizione di straniero contenuta nell'art. 1 del dlgo n. 286/98. Se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della

⁴⁰ Secondo l'orientamento maggioritario dei giudici di merito, invece, in seguito all'adesione della Romania all'Unione europea, aveva perso efficacia il decreto di espulsione emesso dal prefetto a norma dell'art. 13 del dlgo n. 286/98, ed era venuto meno l'obbligo per l'imputato di lasciare il territorio dello Stato, in ottemperanza all'ordine impartito a suo tempo dal questore, e, correlativamente, il reato previsto dall'art. 14, comma 5 *ter*, del dlgo n. 286/98: v., Trib. Milano 24 gennaio 2007, in *Il corriere di merito*, 2007, p. 764; Trib. Torino, 15 gennaio 2007, *ivi*, p. 497; Trib. Trieste 31 gennaio 2007, *ivi*, p. 498; Trib. Viterbo 11 gennaio 2007, in *Giur. merito*, 2007, p. 1136.

⁴¹ Cfr. Cass. pen., SS. UU., sent. 26 marzo 2003, n. 25887, *Giordano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 1503, con nota di C. PECORELLA, *C'è spazio per criteri valutativi nell'abolitio criminis?*, e in *Cass. pen.*, 2003, p. 3310, con nota di T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni unite*.

sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale, riconducibile all'art. 2, comma 2, c.p.⁴².

4. I contrasti giurisprudenziali su questioni affini

La tesi, accolta dalla pronuncia n. 2451 del 2008, secondo cui la qualifica di cittadino non appartenente alla UE è un «presupposto» della condotta, inidonea, come tale, a concorrere a delineare il precetto penale previsto dal dlgs n. 286/98 in relazione alle varie ipotesi di reato in materia di immigrazione, si pone, dunque, agli antipodi di quella propugnata da gran parte dei giudici di merito⁴³, secondo cui, agli effetti dell'art. 2 c.p., per legge penale deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto, tra cui, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo (e, quindi, nel caso di specie, quella di straniero)⁴⁴. Il contrasto, tuttavia, è ravvisabile anche rispetto ad alcuni precedenti della stessa Corte di cassazione. Così, in materia di renitenza alla leva con riguardo alla quale si è sostenuta l'avvenuta abrogazione del reato di cui all'art. 14, comma 2, della l. n. 230/1998 sulla base del rilievo che, ai fini dell'applicabilità dall'art. 2, comma 2, c.p., si debba tener conto anche di quelle fonti normative che, pur non comprese nel precetto penale, ne integrano tuttavia il contenuto, tale essendo anche la l. n. 331/2000, istitutiva del servizio militare professionale⁴⁵. Così, ancora, con riferimento all'attività venatoria, con la cui pronuncia⁴⁶ si afferma che l'istituto della successione delle leggi penali nel tempo riguarda le norme che definiscono la struttura essenziale e circostanziata del reato; pertanto, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2 c.p., si deve tenere conto anche di quelle norme che, benché non siano incluse nel precetto penale, ne costituiscono l'indispensabile presupposto o concorrono, comunque, a determinarne il contenuto.

Ma il contrasto emerge in tutta la sua consistenza, per la pressoché sovrapposibilità delle fattispecie esaminate, in una precedente fondamentale

⁴² Cfr. Cass. pen., SS. UU., sent. 26 marzo 2003, n. 25887, *cit. supra*, nota 41.

⁴³ V. nota 31.

⁴⁴ Cfr., per questa specifica definizione, Trib. Torino, sent. 15 gennaio 2007, in *Corr. merito*, 2007, p. 497.

⁴⁵ Cfr. Corte cass., sent. 24 gennaio 2006, n. 7628, *Bova*, in «D&G» n. 15/06, p. 79, con nota di A. NATALINI, *La leva volontaria è un'abolitio criminis. La Corte aggiusta il tiro: non rileva la gradualità della riforma*.

⁴⁶ V. in part. Cass. pen., sent. 1° febbraio 2005, n. 9482, *Pitrella*, *cit. supra*, nota 28, p. 425, ove, con riguardo al reato di esercizio di attività venatoria nei parchi, la Corte ha ritenuto che la ripermimetrazione della riserva naturale ad opera di un provvedimento amministrativo della Regione Sicilia avesse eliminato il disvalore penale del fatto commesso, in quanto era venuta successivamente a mancare la qualifica di parco dell'area di svolgimento dell'attività venatoria, elemento costitutivo della condotta punibile.

sentenza delle stesse Sezioni Unite (c.d. sentenza *Tuzet*). Con tale sentenza si è ritenuto che la natura di «impresa», attribuita alla attività creditizia dalla direttiva n. 77/780/Cee, alla quale il legislatore italiano aveva inteso dare attuazione con il dpr 27 giugno 1985, n. 350⁴⁷, avesse determinato il venir meno, ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p., della configurabilità dei delitti di peculato e malversazione in capo agli operatori bancari⁴⁸. E, pur attribuendo alla medesima giurisprudenza di legittimità oscillazioni in materia di successioni di norme integratrici perché «influenzata nelle opposte soluzioni dalla specificità dei casi», riportandosi al concetto di fatto costituente reato in concreto, ha riconosciuto che per legge incriminatrice deve intendersi appunto «il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto» e che «tra questi elementi, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo»⁴⁹. Da questa premessa ha fatto discendere il corollario che, se la modifica normativa «riguarda la qualità del soggetto attivo, nel senso che, nella specie, fa venir meno al dipendente bancario la qualità di incaricato di pubblico servizio, necessaria per integrare il delitto di peculato, non può non applicarsi in favore di quel dipendente il principio di irretroattività della legge più favorevole affermato dall'art. 2 c.p.»⁵⁰. Particolarmente significativa, ai fini della soluzione adottata, è la parte terminale della sentenza *Tuzet*, laddove si afferma incisivamente che, «per quanti bizantinismi si vogliano fare», non si può revocare in dubbio che il fatto ascritto ai ricorrenti, «se commesso oggi, non costituirebbe reato. Quel fatto storico, illecito nel momento in cui fu commesso, non corrisponde più alla fattispecie astratta del reato»⁵¹.

Risulta allora chiaro che, di fronte alla esclusione della qualità di incaricato di pubblico servizio in capo a soggetti cui essa era in precedenza riconosciuta e che nel possesso di tale qualità avevano commesso delitti contro la pubblica amministrazione, la Corte ritiene che la predetta modifica, pur non operando direttamente sul tipo, viene ad incidere sulla fattispecie incriminatrice, attraverso la mediazione del fatto concreto⁵².

Gli elementi di affinità tra la questione affrontata dalle Sezioni Unite nella vicenda giudiziaria correlata all'esclusione della qualifica pubblicistica in precedenza attribuita agli operatori bancari, cui è conseguita l'esclusione di questi ultimi dal novero dei soggetti attivi dei reati propri dei pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, e la questione esaminata dalla pronuncia n. 2451/2008 in riferimento all'art. 14, comma 5 *ter*, del dlgs n. 286 del 1998,

⁴⁷ Successivamente abrogato dall'art. 49 del dlgs n. 481 del 14 dicembre 1992.

⁴⁸ Corte cass., SS. UU., sent. 23 maggio 1987, *Tuzet*, n. 8342, *cit. supra*, nota 26.

⁴⁹ Cass. pen. SS. UU., sent. 23 maggio 1987, *Tuzet*, n. 8342, *cit. supra*, nota 26, p. 710.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

sono di tutta evidenza⁵³: la modifica della normativa extrapenale concernente gli operatori bancari (dpr n. 350 del 1985), non ha in alcun modo inciso direttamente sulle fattispecie incriminatrici del peculato e della malversazione (artt. 314 e 315 c.p.), e sulla fattispecie definitoria di pubblico servizio (art. 358 c.p.), che sono rimaste immutate, operando sulla loro portata, mediante la riduzione della latitudine applicativa; la fattispecie delittuosa descritta dall'art. 14, comma 5 *ter*, del dlgo n. 286 del 1998 configura anch'essa un reato proprio e la successione di leggi extrapenali determina per l'imputato la dismissione della sua qualità di soggetto attivo, senza che le fonti comunitarie – il Trattato di adesione all'UE e la relativa legge di ratifica – modifichino formalmente la fattispecie incriminatrice (art. 14, comma 5 *ter*, del dlgo n. 286 del 1998), o la norma definitoria della qualifica di straniero (art. 1 del dlgo *cit.*), pur restringendo l'estensione applicativa della fattispecie del reato proprio, mediante l'esclusione dalla cerchia dei soggetti attivi dei cittadini rumeni.

Pertanto, la diversa soluzione offerta ai due casi evidenzia una indubbia contraddizione nell'ambito delle stesse Sezioni Unite della Cassazione sul tema delle modifiche "mediate" della fattispecie penale.

5. Considerazioni conclusive

La recente pronuncia delle Sezioni Unite⁵⁴ ha avuto il pregio – tenuto conto della sua funzione nomofilattica – di avere confermato il modello di soluzione delle questioni intertemporali fondato sul confronto in astratto tra fattispecie, e così mostrando aspetti di continuità con precedenti decisioni. La conferma, tuttavia, se appare valida nella sua prospettiva funzionale, presenta discordanze e discrasie nel momento in cui si sposti l'attenzione al di fuori dell'ambito dei reati in materia di immigrazione, ove non sempre si è ritenuto che il giudice, per determinare la presenza di un fenomeno abolitivo di una preesistente incriminazione, debba limitarsi ad un confronto tra le fattispecie astratte che si sono succedute nel tempo.

La stessa pronuncia, pur collocando la soluzione del problema sul consolidato orientamento nello specifico settore "immigratorio", ha tenuto, però, a precisare che all'interno dell'istituto delle modificazioni mediate sono presenti ipotesi eterogenee tra loro, che non possono trovare un'unica aprioristica

⁵³ La dottrina è pressoché unanime nel ritenere l'identità delle due situazioni. V., tra gli altri, A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, *cit. supra*, nota 4, p. 2714; L. RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite*, *cit. supra*, nota 4, p. 321 s.

⁵⁴ Il riferimento è alla più volte richiamata Corte cass., SS.UU., sent. n. 2451/2008, *cit. supra*, nota 17.

soluzione giuridica, dovendosi verificare, caso per caso, l'effettiva funzione integratrice della disposizione richiamata, la cui modifica comporta, rispetto alla fattispecie astratta di reato, una riduzione dell'area incriminatrice. In tal modo si cerca di mitigare, ma con scarsa forza persuasiva, le divergenze con le affermazioni contenute nella sentenza *Tuzet*⁵⁵, secondo cui – giova ribadire – per "legge incriminatrice" deve intendersi «il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto», tra cui, nei reati propri, «è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo», con la conseguenza che, se la *novatio legis* riguarda la qualità del soggetto attivo, non può non applicarsi in favore di quel soggetto il principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall'art. 2 c.p.

Sorge il dubbio, allora, se ed in qual misura a favore della recente opzione ermeneutica abbiano pesato preoccupazioni di politica criminale, che sembrano emergere, oltre che dal rimarcato contrasto, laddove la Corte, specie nella parte conclusiva della decisione e sia pure per rinforzare la propria tesi interpretativa, si avvale di un argomento *apagogico*, evidenziando, quale metodo di dimostrazione, la erroneità della opposta tesi per effetto della inaccettabilità delle conseguenze da essa derivanti⁵⁶. Ed, infatti, dopo avere puntualizzato che l'adesione di uno Stato all'Unione europea non costituisce un dato formale ma giunge al termine di un percorso di non breve periodo che lo Stato candidato è tenuto a compiere sotto il controllo dell'Unione per adeguare le proprie strutture economiche, sociali e ordinamentali ai parametri stabiliti, impiegando l'argomento di «riduzione all'assurdo» afferma che non può ritenersi che i cittadini rumeni, ai fini penali, vadano trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione e che i reati commessi quando essi per il nostro ordinamento erano stranieri siano divenuti non punibili in forza dell'art. 2, comma 2, c.p.; ciò, in quanto, se si dovesse ritenere il contrario, rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione europea si verificherebbe una situazione paradossale, che darebbe luogo a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione. Inoltre, «la consapevolezza dell'agente che di lì a breve il proprio Stato entrerà nella UE indurrebbe a trasgredire senza timore alcuno l'art. 14, comma 5 *ter*, dlgs n. 286 del 1998, confidando poi nella successiva *abolitio criminis*».

Per quanto questa tecnica interpretativa della c.d. riduzione all'assurdo venga considerata "fragile" in dottrina⁵⁷, riflettendo l'*assurdo* una nozione

⁵⁵ Cass. pen., SS.UU., sent. 23 maggio 1987, n. 8342, *Tuzet*, cit. *supra*, nota 26.

⁵⁶ Per la possibilità che una componente, sia pure non determinante, si sia inserita nel complessivo giudizio di disvalore del fatto commesso anteriormente all'acquisizione della cittadinanza comunitaria, cfr. M. GAMBARDELLA, *Nuovi cittadini dell'Unione Europea e abolitio criminis parziale dei reati in materia d'immigrazione*, cit. *supra*, nota 4, p. 922 s.; in senso più drastico della presenza determinante di una tale componente nella formulazione del giudizio, v. L. RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite*, cit. *supra*, nota 4, p. 321.

⁵⁷ V. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 370.

mutevole nel tempo e, come tale, sprovvista di oggettività sociale, tuttavia, essa, per un verso – come si è detto – è adottata dal giudice di legittimità in funzione meramente rafforzativa della propria tesi, e, per altro verso, assume il valore di baluardo rispetto al fenomeno della immigrazione clandestina, che da un punto di vista "quantitativo" ha avuto, ed ha tuttora, un impatto notevolissimo sul piano giudiziario.

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.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

RUOLO E FUNZIONI DEL GIUDICE UNICO ALL'INTERNO DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 2 maggio 1991*

(*Omissis*)

*Articolo 11*¹

§ 1

Le cause di cui il Tribunale è investito sono giudicate dalle sezioni composte di tre o di cinque giudici conformemente all'art. 10.

Le cause possono essere giudicate dal Tribunale in seduta plenaria o dalla grande sezione alle condizioni fissate dagli artt. 14, 51, 106, 118, 124, 127 e 129.

Le cause possono essere giudicate da un *giudice unico* quando gli sono rimesse alle condizioni fissate dagli artt. 14 e 51 o gli sono attribuite ai sensi dell'art. 124, dell'art. 127, par. 1, o dell'art. 129, par. 2.

§ 2

Per le cause attribuite o rimesse a una sezione il termine «Tribunale» designa, nel presente regolamento, tale sezione. Per le cause rimesse o attribuite a un *giudice unico* il termine «Tribunale» utilizzato nel presente regolamento designa anche tale giudice.

(*Omissis*)

* *Guce* n. L 136 del 30 maggio 1991, rettificato in *Guce* n. L 317 del 19 novembre 1991, p. 34 ss. Il regolamento di procedura del Tribunale di primo grado ha subito numerose modifiche, l'ultima delle quali, in data 7 luglio 2009, è pubblicata in *Gu-UE* n. L 184 del 16 luglio 2009 (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 319 ss., il commento di *ILARIA ANRÒ*.

¹ Così modificato in data 17 maggio 1999 (*Guce* n. L 135 del 29 maggio 1999, p. 92) e in data 21 maggio 2003 (*Gu-UE* n. L 147 del 14 giugno 2003).

8. Cause definite — Collegio giudicante (2004-2008)

Ripartizione nel 2008



	2004			2005			2006			2007			2008		
	Sentenze	Ordinanze	Totale	Sentenze	Ordinanze	Totale	Sentenze	Ordinanze	Totale	Sentenze	Ordinanze	Totale	Sentenze	Ordinanze	Totale
Grande Sezione				6		6				2		2			
Sezione delle impugnazioni										3	4	7	16	10	26
Presidente del Tribunale		7	7		25	25		19	19		16	16		52	52
Sezioni a 5 giudici	18	46	64	28	34	62	22	33	55	44	8	52	15	2	17
Sezioni a 3 giudici	141	135	276	181	329	510	198	157	355	196	122	318	228	282	510
Giudice unico	13	1	14	7		7	7		7	2		2			
Totale	172	189	361	222	388	610	227	209	436	247	150	397	259	346	605

Fonte: Corte di giustizia delle Comunità europee, *Relazione annuale 2008*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 2009, p. 182.

LA FORMAZIONE GIUDICANTE MONOCRATICA NELLA GIURISDIZIONE COMUNITARIA

Sommario: **1.** *L'introduzione del giudice unico presso il Tribunale di primo grado* - **2.** *Il funzionamento del giudice unico secondo il Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado* - **3.** *Il concreto apporto alla gestione della giustizia comunitaria* - **4.** *La creazione del Tribunale della funzione pubblica: nuove prospettive per il giudice unico* - **5.** *La previsione del giudice unico presso la Corte europea dei diritti dell'uomo* - **6.** *Conclusioni.*

1. L'introduzione del giudice unico presso il Tribunale di primo grado

Il Tribunale di primo grado, prima istanza del sistema giurisdizionale comunitario¹, siede fin dalla sua istituzione in sezioni di tre o cinque giudici ed eccezionalmente in seduta plenaria. Con le modifiche apportate al Regolamento di procedura in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Nizza è stata, inoltre, creata la grande sezione², composta attualmente da tredici giudici, che interviene nei casi e nei modi stabiliti dal regolamento di procedura³.

La possibilità per il Tribunale di primo grado di statuire nella persona del giudice unico è stata introdotta nel 1999⁴ con l'obiettivo di porre rimedio al crescente carico di lavoro⁵, migliorando la "gestione" della giustizia attraverso

¹ Il Tribunale di primo grado affianca la Corte di giustizia nella gestione della giustizia comunitaria dal 1988. L'Atto unico europeo, entrato in vigore il 1° luglio 1987, poneva le basi per la creazione di questo nuovo organo giurisdizionale comunitario per far fronte alla crescita del contenzioso, attuata con la decisione del Consiglio n. 591/1988, in *Guce* n. L 319 del 25 novembre 1988, p. 1. Sul Tribunale di primo grado si veda, *inter alia*, U. LEANZA - P. PAONE - A. SAGGIO, *Il Tribunale di primo grado della Comunità Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1994; M. CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1996; M. C. REALE, *Il Tribunale di primo grado e la litigiosità comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2000.

² Cfr. modifiche al Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Nizza, in *Gu-Ue* n. L 147 del 14 giugno 2006, p. 22. Il numero dei giudici della grande sezione era inizialmente di undici: in considerazione dell'allargamento del 2004, tale numero è stato successivamente portato a tredici (cfr. Modifiche al Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, in *Gu-Ue* n. L 127 del 29 aprile 2004, p. 108).

³ Cfr. artt. 11 e 12 del Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, *Gu-Ue* n. L 136 del 30 maggio 1991, rettificato in *Guce* n. L 317 del 19 novembre 1991, p. 34 con successive modifiche. L'ultima è avvenuta il 7 luglio 2009 ed è pubblicata in *Gu-Ue* n. L 184 del 16 luglio 2009.

⁴ Decisione del Consiglio n. 1999/291/Ce, Ceca, Euratom del 26 aprile 1999, in *Guce* n. L 114 del 1° maggio 1995, p. 52.

⁵ Per un'analisi delle motivazioni che hanno portato a questa riforma e delle problematiche da essa suscitate vedi P. BIAVATI, *Il giudice unico nel Tribunale di primo grado delle Comunità europee*, in

una razionalizzazione delle sue risorse. La storia dell'evoluzione del sistema giurisdizionale comunitario rivela fin dagli inizi la ricerca dell'ottimizzazione dell'organizzazione, al fine di perseguire il doppio obiettivo posto dai Trattati: la tutela dei soggetti dell'ordinamento, ma anche, e soprattutto, la tutela dell'ordinamento stesso. Già nel 1974, la Corte di giustizia, inizialmente unico organo giurisdizionale comunitario, proponeva la creazione di un secondo grado di giurisdizione⁶ al fine di tutelare la propria efficienza e di consentirle il pieno svolgimento del proprio ruolo principale: vigilare sulla corretta e uniforme applicazione ed interpretazione del diritto comunitario, il cui primato sul diritto nazionale andava affermandosi progressivamente. Dopo lunghi dibattiti sul ruolo e sulle competenze del nuovo organo giurisdizionale, nel 1988 la creazione del Tribunale di primo grado consentiva l'introduzione del doppio grado nel processo comunitario, conservando il ruolo di corte suprema dell'ordinamento per la Corte di giustizia. Grazie a questa riforma, la Corte avrebbe potuto concentrare le proprie risorse sulle cause di maggiore rilevanza ed in particolare sulle questioni pregiudiziali. L'uniformità nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto comunitario sarebbero state, al tempo stesso, garantite dalla possibilità di impugnare le pronunce del nuovo organo giurisdizionale davanti alla Corte per motivi di diritto.

L'introduzione del Tribunale di primo grado e la progressiva estensione delle sue competenze hanno effettivamente modificato in maniera sostanziale l'assetto del sistema giurisdizionale comunitario, aumentandone l'efficienza. Anche il Tribunale di primo grado si è però ben presto trovato ad essere vittima del suo "successo" e a dover fronteggiare un crescente carico di lavoro. Mentre si delineava la possibilità di creare nuovi organi giurisdizionali⁷, nel 1999 si tentò una riforma al fine di consentire una migliore gestione delle risorse: una formazione giudicante monocratica cui attribuire le cause meno rilevanti, consentendo alle sezioni di concentrarsi su quelle di maggior importanza.

2. Il funzionamento del giudice unico secondo il Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado

Le statistiche della Corte di giustizia rivelano che il contributo del giudice unico alla riduzione del carico di lavoro del Tribunale di primo grado si è

Riv. dir. proc., 2000, p. 105 ss.; P. MUÑOZ, *Le système de juge unique pour le règlement d'un problème multiple: l'encombrement de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance*, *RMC*, 2001, p. 60 ss.; L. RINUY, *L'incursion prudente du juge unique au Tribunal de première instance des Communautés européennes*, in *Rev. aff. eur.*, 2000, p. 267-274.

⁶ Cfr. K. LENAERTS, *Le Tribunal de première instance des Communautés Européennes: regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire*, in *Cah. dr. eur.*, 2000, p. 323 ss.

⁷ Nel 2000 il Trattato di Nizza apriva, infatti, la possibilità di creare delle camere giurisdizionali mediante decisione del Consiglio, introducendo l'art. 225 A del Trattato CE.

rivelato poco significativo. Tale formazione giudicante ha, infatti, emesso, tra sentenze e ordinanze, quindici provvedimenti nel 2000, dodici nel 2001, sei nel 2002, quindici nel 2003, quattordici nel 2004, sette nel 2005, sette nel 2006, due nel 2007. Nel 2008 il giudice unico non ha emesso alcun provvedimento né gli sono state attribuite nuove cause⁸.

Questi dati si spiegano in ragione del ristretto spazio riservato al giudice unico dalle norme del Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado. Innanzitutto, non vi è un sistema di attribuzione diretta, ma per assegnare una causa al giudice unico è necessaria una decisione unanime del collegio, secondo quanto disposto dall'art. 51⁹. L'art. 14, inoltre, individua le cause suscettibili di assegnazione al giudice unico attraverso un duplice filtro. La causa deve, innanzitutto, rientrare nell'elenco previsto dalla medesima norma, il quale comprende i ricorsi in materia di funzione pubblica, le azioni di annullamento, i ricorsi in carenza proposti da persone fisiche e giuridiche e le azioni di responsabilità extracontrattuale, purché sollevino questioni già chiarite da una giurisprudenza consolidata o facciano parte di una serie di cause aventi lo stesso oggetto, una delle quali è già stata decisa con forza di giudicato. Possono essere assegnate al giudice unico anche le cause attribuite al Tribunale in virtù di una clausola compromissoria. In secondo luogo, occorre verificare che la causa non rientri nelle ipotesi in cui la rimessione è esclusa, ovvero le cause che sollevano questioni relative alla validità di un atto di portata generale nonché le cause vertenti sull'applicazione delle norme relative alla concorrenza e al controllo delle concentrazioni; delle norme relative agli aiuti erogati dagli Stati; delle norme relative alle misure di difesa commerciale; delle norme relative all'organizzazione comune dei mercati agricoli e, infine, le cause sulla proprietà intellettuale. Si prevede, inoltre, la possibilità che il giudice rinvi la causa alla sezione di tre giudici se ritiene che non sussistano più i presupposti per decidere senza il collegio. Oltre al doppio filtro descritto dalla norma, le cause attribuite al giudice unico devono, infatti, soddisfare i

⁸ Le statistiche del Tribunale di primo grado sono consultabili sul sito http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_it_tpi_stat.pdf.

⁹ Il Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado prevede l'ipotesi di attribuzione diretta di una causa al giudice unico solo in ipotesi di impugnazione straordinaria. Gli artt. 124, 127, par. 1, e 129, par. 2, prevedono i casi di opposizione di terzo, di revocazione o di domanda di interpretazione relativi ad una sentenza emessa da un giudice unico, i quali comportano l'attribuzione automatica a tale giudice. Con questi mezzi straordinari, infatti, non si contesta il merito della decisione, ma si chiede al giudice di rivedere la causa tenendo conto della posizione del terzo pretermesso o dei fatti nuovi che giustificano la revocazione o la chiarificazione del senso della decisione. Il Tribunale in questi casi decide sempre nella medesima composizione che aveva emesso la sentenza, dunque la previsione di attribuzione immediata al giudice unico è coerente con la logica del sistema. Anche presso il Tribunale della funzione pubblica sono possibili i mezzi di ricorso straordinari dell'opposizione di terzo (art. 117), dell'interpretazione (art. 118) e della revocazione (art. 119): in questo caso il Regolamento di procedura si limita ad enunciare la regola generale secondo la quale «la domanda [...] è assegnata al collegio giudicante che ha pronunciato la decisione impugnata», senza specificazioni per il giudice unico.

criteri generali dell'insussistenza di difficoltà delle questioni di diritto o di fatto, dell'importanza limitata della causa, e dell'assenza di «circostanze particolari». Tali criteri sono speculari a quelli stabiliti per la rimessione di una causa al Tribunale in seduta plenaria, alla grande sezione o ad una sezione composta da un numero di giudici diverso: l'art. 14, primo comma, del Regolamento di procedura, prevede, infatti, questa possibilità «qualora la difficoltà in diritto o l'importanza della causa o circostanze particolari lo giustificino».

Risulta evidente che queste norme sono il frutto di un compromesso, rivelatosi necessario per superare la resistenza ad abbandonare la collegialità in un contesto internazionale e la preoccupazione di un possibile controllo dei giudici attraverso l'identificazione della sentenza con il giudice e la sua nazionalità¹⁰, sulla base di una crescente consapevolezza della necessità di trovare una soluzione al crescente carico di lavoro del Tribunale.

3. Il concreto apporto alla gestione della giustizia comunitaria

Esaminando le cause giudicate in concreto dal giudice unico, si nota come nella prassi vi sia stato un ricorso limitato a questa formazione giudicante, alla quale sono state rimesse principalmente controversie di funzione pubblica, con la sola eccezione di due cause di responsabilità extracontrattuale, due ricorsi fondati su una clausola compromissoria e di un ricorso di annullamento. È evidente, dunque, uno sfruttamento solo parziale delle possibilità offerte dall'art. 14, restringendo ulteriormente l'ambito di azione del giudice unico.

Le sentenze in materia di responsabilità extracontrattuale¹¹ si collocano all'inizio della sua attività: si tratta di due casi praticamente identici, relativi al risarcimento dei danni subiti da alcuni produttori, a causa del divieto di commerciare latte a norma del regolamento Cee del Consiglio del 31 marzo 1984, n. 857.

Queste cause presentano effettivamente i requisiti richiesti dall'art. 14, in quanto sollevano questioni già chiarite da una giurisprudenza consolidata e fanno parte di una serie di cause aventi lo stesso oggetto, una delle quali già decisa con forza di giudicato. Entrambi i ricorsi pendenti presso il Tribunale, infatti, erano stati sospesi in attesa della pronuncia della Corte che avrebbe deciso il ricorso nelle cause riunite n. C-104/89, *Mulder* e n. C-37/90, *Heine-*

¹⁰ Questa preoccupazione è stata manifestata soprattutto dalle delegazioni di Francia e Spagna durante le riunioni del gruppo *ad hoc* «Corte di giustizia» in preparazione della decisione n. 291/1999 (cfr. doc. 6173/98). Normalmente, infatti, il giudice gode della protezione dell'anonimato, garantita anche dal fatto che non figurano le *dissenting opinion*: questo viene inevitabilmente meno con la pronuncia in composizione monocratica.

¹¹ Sentenza del 21 giugno 2000 in causa n. T-429/93, *Héritiers D'Edmond Ropars c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 2430 ss. e sentenza del 21 giugno 2000 in causa n. T-537/93, *Tromeur c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 2457 ss.

mann c. Consiglio. Si trattava di casi in cui i ricorrenti ponevano le medesime domande sottoposte successivamente al Tribunale di primo grado, ovvero il risarcimento del danno subito a seguito dell'applicazione del regolamento Cee del Consiglio n. 857 del 31 marzo 1984, il quale imponeva loro il divieto di smerciare latte. Tale regolamento veniva dichiarato invalido nelle sentenze *Mulder I*¹², *Mulder II*¹³ e *Von Deetzen*¹⁴, in cui si chiarivano anche i presupposti generali per il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità nei confronti dei produttori caseari. Il giudice unico, cui vengono assegnate le cause a seguito della ripresa del procedimento, trova dunque gli strumenti per decidere nelle citate pronunce della Corte e risolve le controversie applicando quanto stabilito dal giudice supremo. La dottrina ha addirittura voluto leggere nell'art. 14, il quale consente un giudizio monocratico in virtù di una giurisprudenza consolidata, un'affermazione normativa incidentale del valore di precedenti delle sentenze della Corte di giustizia¹⁵.

Anche le cause ex art. 238 CE¹⁶ rispondono pienamente ai criteri dettati per la rimessione al giudice unico: la prima di tali cause, ad esempio, verte sull'interpretazione di un contratto tra la società ricorrente e la Commissione. Il giudice, designato quale interprete del rapporto, risolve la causa esaminando le categorie delle spese effettuate dalla ricorrente verificandone la compatibilità con le previsioni contrattuali. Non vi sono dunque difficoltà delle questioni di diritto o di fatto, né circostanze particolari che rendano necessaria la trattazione collegiale.

L'unico caso¹⁷ in cui il giudice unico si è pronunciato a seguito di un ricorso ex art. 230 CE riguardava la domanda di annullamento di una decisione della Commissione mediante la quale veniva ridotto il contributo del Fondo sociale europeo concesso al ricorrente. Anche in questo caso la causa non solleva questioni di diritto e si limita ad un vaglio della legittimità delle spese effettuate dal ricorrente sulla base del bando di ammissione ai contributi del Fondo sociale europeo.

Il prevalente utilizzo del giudice unico nell'ambito della funzione pubblica ne rivela la peculiare utilità in un contenzioso quantitativamente rilevante, in cui è più facile trovare cause seriali, semplici e di modesto impatto sotto il

¹² Sentenza del 28 aprile 1988 in causa n. 120/86, in *Raccolta*, 1988, p. 2321 ss.

¹³ Sentenza del 27 gennaio 2000 in cause riunite n. C-104/89 e n. C-37/90, in *Raccolta*, 2000, I, p. 203 ss.

¹⁴ Sentenza del 28 aprile 1988 in causa n. C-170/86, in *Raccolta*, 1988, I, p. 2355 ss.

¹⁵ P. BIAVATI, *Il giudice unico*, cit. *supra*, nota 5, p. 117.

¹⁶ Sentenza del 16 maggio 2001 in causa n. T-68/99, *Toditec NV c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 1443 ss.; sentenza del 23 ottobre 2007 in causa n. T-138/05, *Commissione c. Impetus Symvoulos Michanikoi*, in *Raccolta*, 2007, II, p. 136.

¹⁷ Sentenza del 14 dicembre 2006 in causa n. T-162/04, *Branco c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 102 ss.

profilo dell'interesse generale. Questo tipo di contenzioso si rivelò molto importante all'inizio dell'attività della Corte di giustizia per l'elaborazione di alcuni principi, poi applicati anche in altri ambiti, e costituisce tuttora un importante settore per la tutela dei singoli¹⁸. La crescente quantità di ricorsi in questo settore, però, ha da sempre rappresentato una delle principali fonti di lavoro della Corte di giustizia prima e del Tribunale di primo grado poi, aggravandone il carico e rischiando di compromettere l'efficienza della tutela giurisdizionale. Tale preoccupazione si collocava già all'origine dell'istituzione del Tribunale di primo grado, il quale, secondo i progetti iniziali, avrebbe dovuto essere principalmente il giudice del lavoro della Comunità europea.

Le cause rimesse al giudice unico riguardano, innanzitutto, controversie relative alla promozione e alla classificazione di dipendenti e funzionari¹⁹, in cui i ricorrenti lamentano la violazione di una norma dello Statuto o dell'obbligo di motivazione. Il giudice unico, quindi, può decidere la causa applicando orientamenti consolidati di Corte e Tribunale sull'applicazione dello Statuto.

Vi sono poi cause relative al risarcimento per la mancata reintegrazione nelle proprie mansioni e alle richieste di indennità e benefici rifiutati dalle istituzioni²⁰: anche in questi casi il giudice unico trova gli strumenti per decidere nelle precedenti pronunce, in quanto non vi sono difficoltà nelle questioni di diritto o di fatto o circostanze particolari che richiedano un esame più approfondito.

Il giudice unico è stato anche chiamato a decidere di alcune cause relative a concorsi, in cui i ricorrenti sono funzionari e agenti, ma anche candidati che aspiravano a diventarlo²¹. Egli ha quindi proceduto alla verifica della regolarità delle procedure, ma nessuno di questi ricorsi ha avuto successo, anche perché, secondo la costante giurisprudenza, il giudice comunitario non può sostituirsi alle valutazioni discrezionali delle commissioni di concorso, né ordinare il compimento di atti alle istituzioni.

Dall'analisi della giurisprudenza risulta, quindi, che il ruolo riservato al giudice unico presso il Tribunale di primo grado è stato quello di formazione

¹⁸ Cfr. M. CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado*, cit. *supra*, nota 1, p. 25 ss.

¹⁹ Cfr. ad esempio sentenza del 13 luglio 2000 in causa n. T-157/99, *Griesel c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2000, PI, p. IA-151 ss.; p. II-699 ss.; sentenza del 20 febbraio 2002 in causa n. T-117/01, *Parra c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, PI, p. IA-27 ss.; p. II-121 ss.; sentenza del 3 ottobre 2002 in causa n. T-6/02, *Platte c. Commissione*, in *Raccolta*, PI, p. IA-189 ss.; p. II-973 ss.

²⁰ Cfr. ad esempio, sentenza del 17 luglio 2003 in causa n. T-81/02, *Wanegman-Reuter c. Corte dei Conti*, in *Raccolta*, PI, p. IA-185 ss.; p. II-933 ss.; sentenza del 4 giugno 2003 in cause riunite n. T-124/01 e n. T-320/02, *Del Vaglio c. Commissione*, in *Raccolta*, PI, p. IA-157 ss.; p. II-767 ss.; sentenza del 29 giugno 2004 in causa n. T-188/03, *Hivonnet c. Consiglio*, in *Raccolta*, PI, p. IA-199, p. II-889.

²¹ Cfr. ad esempio, sentenza del 25 maggio 2000 in causa n. T-173/99, *Elkaïm et Mazuel c. Commissione*, in *Raccolta*, PI, p. IA-101 ss.; p. II-433 ss.; sentenza del 20 gennaio 2004 in causa n. T-195/02, *Briganti c. Commissione*, in *Raccolta*, PI, p. I-A-1, p. II-1; sentenza del 28 aprile 2004 in causa n. T-277/02, *Pascall c. Consiglio*, in *Raccolta*, PI, p. IA-137, p. II-621.

giudicante di "smaltimento" delle cause ripetitive, segnatamente, quelle relative al contenzioso della funzione pubblica, in modo da alleggerire il carico del Tribunale, assicurando contemporaneamente al collegio la trattazione delle cause in cui l'accertamento degli elementi di fatto è più complessa o vi sono questioni di diritto importanti.

Nonostante l'introduzione di questa riforma, il contenzioso in materia di pubblico impiego ha continuato, però, ad impegnare anche le sezioni: il numero delle cause definite in questo settore è infatti centouno nel 2000, centotrentatre nel 2001, novantasei nel 2002, centoquattro nel 2003, centouno nel 2004, duecentotrentasei nel 2005, settantuno nel 2006, cinquantuno nel 2007 e 33 nel 2008²² e, come si è visto, solo una modesta percentuale di queste è stata rimessa al giudice unico.

L'utilizzo prevalente nell'ambito della funzione pubblica consente di leggere la riforma del giudice unico come un'anticipazione di quanto realizzato con la modifica istituzionale prevista dal Trattato di Nizza e attuata nel 2004: l'istituzione del Tribunale della funzione pubblica. La storia dell'evoluzione dell'architettura giurisdizionale comunitaria mostra che già all'epoca dell'istituzione del Tribunale di primo grado, la soluzione alle difficoltà nella gestione dei carichi di lavoro è stata ricercata parallelamente nella migliore ripartizione delle cause tra le sezioni e nella creazione di nuovi organi giurisdizionali²³. Allo stesso modo, per risolvere il sovraccarico del Tribunale, alla soluzione intermedia di un trattamento delle cause da parte della formazione monocratica, è seguita l'istituzione di un nuovo organo giurisdizionale.

L'obiettivo è, infatti, quello di alleggerire il Tribunale di primo grado da questo contenzioso che potrà essere gestito meglio e più rapidamente da un tribunale specializzato.

4. La creazione del Tribunale della funzione pubblica: nuove prospettive per il giudice unico

La tipologia delle cause attribuite al Tribunale della funzione pubblica, nuovo organo giurisdizionale dell'Unione, previsto dall'art. 225 A CE²⁴ e isti-

²² Dati delle statistiche giudiziarie del Tribunale di primo grado, cfr. nota 6.

²³ Cfr. decisione del Consiglio diretta a consentire la devoluzione delle questioni pregiudiziali alle sezioni del 28 novembre 1974, in *Guce* n. L 318 del 28 novembre 1974, p. 22. Cfr. anche Regolamento di procedura della Corte così come modificato dalla precedente decisione, in *Guce* n. L 350 del 28 dicembre 1974, p. 1. Tale modifica rivela che proprio negli stessi anni in cui si studiava la creazione del Tribunale di primo grado, si cercava contemporaneamente una gestione più efficiente della giustizia comunitaria nel maggiore coinvolgimento delle sezioni rispetto alla seduta plenaria.

²⁴ Tale articolo, introdotto dal Trattato di Nizza, prevede: «Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e della Corte di giustizia, o su richiesta della Corte di giustizia e previa consultazione del Parlamento europeo e della Commissione, può istituire camere giurisdizionali incaricate di conoscere in primo grado di

tuito con decisione del Consiglio del 2 novembre 2004²⁵, coincide con quella delle cause assegnate fino ad ora al giudice unico presso il Tribunale di primo grado.

Questa circostanza poteva segnare il definitivo abbandono della formazione giudicante monocratica presso il Tribunale di primo grado. Nella proposta di decisione presentata dalla Commissione²⁶, inoltre, il giudice unico non era previsto tra le formazioni giudicanti del nuovo organo giudiziario, in considerazione del fatto che il nuovo organo avrebbe dovuto prima affermare la sua autorità. La delegazione italiana, invece, durante i lavori del Consiglio, aveva ricordato²⁷ che il giudice unico era stato previsto presso il Tribunale di primo grado proprio «avendo a mente il contenzioso della funzione pubblica»: la mancata previsione presso il nuovo organo sarebbe stata, quindi, una "sconfessione" di quanto deciso precedentemente, nonché la rinuncia ad un'importante risorsa. Poiché anche la Corte di giustizia aveva espresso parere favorevole al giudice unico²⁸, venne inserito l'art. 4 dell'Allegato I al Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia, il quale prevede che «Il Tribunale della funzione pubblica si riunisce in sezioni composte di tre giudici. In determinati casi disciplinati dal regolamento di procedura, esso può riunirsi in seduta plenaria, in sezioni di cinque giudici o statuire nella persona di un giudice unico».

L'attuazione di questa previsione era dunque rimessa al Regolamento di procedura del Tribunale della funzione pubblica. In ogni caso era evidente, fin dalla decisione istitutiva, che il giudice monocratico sarebbe rimasto un'eccezione alla normale attribuzione della causa alla sezione, al pari della seduta plenaria. La decisione istitutiva prevedeva, inoltre, che, fino all'entrata in vigore del regolamento di procedura, il Tribunale della funzione pubblica applicasse, «*mutatis mutandis* il Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, ad eccezione delle disposizioni relative al giudice unico»²⁹. Era necessario, infatti, creare delle norme specifiche per consentire l'utilizzo di

talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche». Nel caso del Tribunale della funzione pubblica, la proposta è stata presentata dalla Commissione. All'origine dell'istituzione del Tribunale di primo grado nel 1988 vi fu invece la domanda della Corte di giustizia.

²⁵ Decisione del Consiglio del 2 novembre 2004 che istituisce il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 333 del 9 novembre 2004, p. 7 e in questa *Rivista*, 2005, p. 519 ss. con commento di M. BORRACCETTI, *Le Camere giurisdizionali nel sistema giudiziario dell'Unione europea: il Tribunale della funzione pubblica*, p. 525.

²⁶ Proposta di decisione del Consiglio che istituisce il Tribunale della funzione pubblica europea, del 19 novembre 2003, Com(2003)705 def, 2003/0280 (CNS).

²⁷ Cfr. Contributo della delegazione italiana contenuto nella Nota al Segretariato generale del Consiglio al Gruppo «Corte di giustizia» del 26 gennaio 2004, doc. 5699/04 reperibile sul sito internet www.europa.eu.int/ all'interno del fascicolo interistituzionale del Consiglio 2003/280.

²⁸ Cfr. Parere della Corte di giustizia del 12 febbraio 2004, doc. 6143/04 reperibile sul sito internet www.europa.eu.int/ all'interno del fascicolo interistituzionale del Consiglio 2003/280.

²⁹ Cfr. art. 3, par. 4, della decisione del Consiglio del 2 novembre 2004 che istituisce il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, *loc. cit.*

questa formazione giudicante, essendo inapplicabili le relative norme del Regolamento del Tribunale di primo grado la cui competenza è diversa e più estesa di quella del Tribunale della funzione pubblica.

Questo lasso di tempo avrebbe, inoltre, dovuto consentire un certo tempo di "rodaggio", così come avrebbe voluto la Commissione, la quale, nel commento alla proposta di decisione³⁰, ricordava che l'introduzione del giudice unico presso il Tribunale di primo grado si era avuta solo undici anni dopo la sua istituzione.

Dall'esame dei lavori preparatori relativi alla decisione istitutiva del Tribunale della funzione pubblica, emerge una certa cautela nell'introduzione della formazione monocratica, tale da indurre a proporre che le norme sul giudice unico non fossero inserite subito nel Regolamento di procedura. La stessa delegazione italiana, dopo aver sostenuto la possibilità di fare ricorso al giudice unico, richiama la dichiarazione di Consiglio e Commissione, in base alla quale «le disposizioni dirette a permettere al Tribunale della funzione pubblica di statuire nella persona del giudice unico non dovranno essere introdotte nel regolamento di procedura del Tribunale prima di quattro anni e mezzo dalla sua entrata in funzione»³¹. Questo termine corrisponde alla metà del mandato inizialmente previsto per i giudici, cioè nove anni, che è stato in seguito riportato a sei, allineandolo agli altri organi giurisdizionali: era evidente la volontà di far operare il nuovo organo senza la formazione monocratica almeno per i primi tempi di funzionamento. In virtù dell'art. 4 dell'Allegato I l'introduzione, anche successiva, delle norme sul giudice unico nel Regolamento sarebbe comunque potuta avvenire senza modifiche del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia.

Il timore circa un'introduzione prematura del giudice unico appariva, tuttavia, ingiustificato. Il giudice unico avrebbe, infatti, dovuto giudicare presso il nuovo organo le stesse cause già di competenza del Tribunale di primo grado e dunque sarebbe stato superfluo attendere il consolidamento di orientamenti giurisprudenziali di questo nuovo organo, dal momento che il punto di riferimento, in ogni caso e per tutte le formazioni giudicanti del Tribunale della funzione pubblica, non poteva che essere costituito dalle sentenze delle altre istanze giurisdizionali comunitarie.

I giudici del nuovo organo saranno nominati con una procedura diversa da quella attualmente prevista per Corte e Tribunale di primo grado³². Si prevede, infatti, che essi siano nominati dal Consiglio, previa consultazione di un

³⁰ Cfr. Proposta di decisione del Consiglio che istituisce il Tribunale della funzione pubblica europea, *cit. supra*, nota 26.

³¹ Cfr. Contributo della delegazione italiana / Proposta di decisione del Consiglio che istituisce il Tribunale della funzione pubblica europea, 26 gennaio 2004, Fasc. interistituzionale 2003/0280 (CNS).

³² Cfr. art. 3 dell'Allegato I al Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia.

comitato composto da sette personalità scelte tra ex giudici della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado e tra giuristi di notoria competenza. Questo comitato deve fornire un parere sull'idoneità dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice del Tribunale della funzione pubblica e redigere un elenco di candidati che possiedono un'esperienza di alto livello adeguata alla funzione³³.

È interessante rilevare che in occasione della nomina dei primi giudici del Tribunale della funzione pubblica, il Comitato ha stilato una lista di quattordici candidati distribuiti «per ordine di merito»³⁴. Questo non è previsto dalla decisione istitutiva del Tribunale, la quale all'art. 3 si limita a prevedere che il parere sull'idoneità possa essere integrato con «un elenco di candidati che possiedono un'esperienza di alto livello adeguata alla funzione», comprendente un numero di candidati corrispondente almeno al doppio del numero dei giudici che dovranno essere nominati³⁵. In questo caso il Comitato ha invece redatto una vera e propria graduatoria: il Consiglio, di conseguenza, ha proceduto alla nomina dei primi sette giudici della lista³⁶. Non può passare inosservato, agli occhi dell'interprete, il potere discrezionale di scelta dei giudici che si concretizza in questo modo nelle mani del Comitato.

³³ Si deve ricordare in proposito che la previsione di questo comitato si ispirava ai lavori della Convenzione per l'elaborazione del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa. La proposta di decisione della Commissione, infatti, prevede una formulazione analoga a quella dell'art. III-262 del progetto di Costituzione-Parte III (CONV 8502/03 del 18 luglio 2003). A differenza di questa disposizione, però, il Comitato nell'ambito del Tribunale della funzione pubblica può integrare il suo parere con una lista di candidati aventi l'esperienza adeguata alla funzione e la sua composizione è leggermente modificata, in quanto non comprende membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali, né membri designati dal Parlamento, tenuto conto della specificità del contenzioso. Come è noto, il progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa è naufragato a seguito degli esiti referendari negativi in Francia e Olanda che ne hanno bloccato il processo di ratifica e l'entrata in vigore. Il nuovo passo sulla strada dell'integrazione e delle riforme istituzionali è attualmente affidato al Trattato di Lisbona, le cui sorti sono incerte a seguito del no referendario dell'Irlanda. Anche il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, così come modificato dal Trattato di Lisbona prevede, all'art. 255, l'istituzione di un comitato 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. La composizione è pari a quella prevista nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa.

³⁴ Cfr. *Bulletin Quotidien Europe*, n. 8986, 8 luglio 2005.

³⁵ Non è previsto che la lista sia in ordine di merito neanche nella decisione n. 2005/49/Ce, Euratom del 18 gennaio 2005, relativa alle norme di funzionamento del Comitato previsto all'art. 3, par. 3, dell'Allegato I del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia, in *Gu-Ue* n. L 21 del 25 gennaio 2005, p. 13; né nella decisione n. 2005/50/Ce, Euratom del 18 gennaio 2005, relativa alle norme di funzionamento del Comitato previsto dall'art. 3, par. 3, dell'Allegato I del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia, in *Gu-Ue* n. L 50 del 25 gennaio 2005, p. 8.

³⁶ Tre di tali giudici sono stati nominati per un periodo di tre anni, ovvero fino al 30 settembre 2008. Con decisione n. 2008/569/Ce, Euratom del 27 giugno 2008 si è provveduto alla nomina per un nuovo mandato dei tre giudici uscenti, i cui nominativi erano stati inseriti nell'elenco di sei candidati redatto dal Comitato. Nella decisione si esplicita che la nomina dei tre giudici uscenti è stata adottata dal Consiglio tenendo conto del fatto eccezionale che essi hanno esercitato un mandato effettivo di due anni e che questo non può in nessun caso costituire un precedente. Con tali precisazioni sembra quasi che il Consiglio abbia voluto impedire l'instaurarsi di una prassi che potrebbe tradursi in un controllo e in una pressione sull'operato dei giudici in vista del rinnovo del mandato, potenzialmente lesivi della loro indipendenza e imparzialità.

Si deve considerare, infine, che, non senza un acceso dibattito, si era giunti ad accettare la formazione giudicante monocratica presso il Tribunale di primo grado, per una tipologia di cause più ampia (almeno sulla carta), perciò le resistenze ad accettarla presso un tribunale specializzato, competente per cause qualificate già in partenza come semplici e ripetitive, per le quali è anche prevista la possibilità di una composizione amichevole in ogni fase del procedimento, apparivano eccessive.

Contrariamente alle aspettative, il Regolamento di procedura del Tribunale della funzione pubblica³⁷ ha previsto, fin dall'inizio, la formazione giudicante monocratica: la norma di riferimento è l'art. 14, rubricato «Rimessione di una causa a un giudice unico», il quale costituisce una sintesi degli artt. 14 e 51 del Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado. Anche presso il Tribunale della funzione pubblica occorre superare un doppio filtro per l'assegnazione al giudice unico di una causa inizialmente attribuita ad una sezione di tre giudici: è necessaria, innanzitutto, l'insussistenza di difficoltà delle questioni di diritto o di fatto sollevate, l'importanza limitata della causa e l'insussistenza di altre circostanze particolari. In secondo luogo, bisogna verificare che la causa non sollevi questioni relative alla validità di un atto di portata generale, situazione più rara rispetto a quanto accade presso il Tribunale di primo grado, data la peculiarità del contenzioso. Nel Regolamento del Tribunale della funzione pubblica viene, inoltre, specificato che la decisione unanime di rimessione al giudice unico può essere adottata in qualsiasi fase del procedimento. Sull'indicazione di tale momento il Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado era invece rimasto lacunoso: la dottrina³⁸ aveva evidenziato che tale momento dovesse essere comunque successivo alla designazione di sezione e giudice relatore, nonché alla costituzione delle parti. La proposta di assegnazione al giudice unico veniva, inoltre, ricondotta alla relazione preliminare che il giudice relatore presenta alla fine della fase scritta, secondo quanto previsto dall'art. 52 per la rimessione ad una sezione più ampia o alla plenaria.

Il Regolamento di procedura del Tribunale della funzione pubblica pone, per la rimessione al giudice unico, la stessa regola prevista per la composizione amichevole³⁹: dunque, seguendo la *ratio* di una migliore gestione delle risorse, in qualunque momento si può optare per una semplificazione procedurale o addirittura per la risoluzione del contenzioso stesso.

Anche in questo caso, è lasciata al giudice la possibilità di rinviare la causa alla sezione se ravvisa che i presupposti per un giudizio monocratico

³⁷ Regolamento di procedura del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea del 25 luglio 2007, in *Gu-Ue* n. L 225 del 29 agosto 2007, p. 1.

³⁸ P. BIAVATI, *Il giudice unico*, cit. *supra*, nota 5, p. 88.

³⁹ Cfr. art. 68 del Regolamento di procedura del Tribunale della funzione pubblica, cit. *supra*, nota 36.

non sussistono più.

La compilazione del regolamento del nuovo organo giurisdizionale poteva essere l'occasione per attuare la riforma del giudice unico con maggiore convinzione e garantirne l'efficacia per il miglioramento del sistema giurisdizionale comunitario. Gli stringenti requisiti posti per l'assegnazione al giudice unico che permangono in tale Regolamento, conservano, tuttavia, un ruolo minore per tale formazione giudicante.

In considerazione dell'esperienza presso il Tribunale di primo grado e delle caratteristiche di questo contenzioso, tuttavia, si può ritenere che il Tribunale della funzione pubblica possa invece rappresentare la collocazione ottimale per la formazione monocratica, in quanto può contribuire significativamente alla risoluzione di cause seriali, relative ad un contenzioso specializzato, per le quali non è necessaria la presenza del collegio. Attualmente non è stato ancora pronunciata alcuna sentenza dal giudice unico presso il Tribunale della funzione pubblica⁴⁰: è dunque ancora presto per valutare se, nonostante i criteri restrittivi di assegnazione delle cause, il giudice unico possa contribuire in maniera significativa al miglioramento dell'efficienza di tale istituzione.

Resta, invece, incerto il ruolo del giudice unico presso il Tribunale di primo grado, in quanto, come accennato in apertura, la tipologia di cause principalmente assegnatagli fino ad oggi è stata trasmessa al Tribunale della funzione pubblica. La prospettiva potrebbe essere, quindi, quella di non riservare più alcuno spazio a questa formazione giudicante, come fa presumere il fatto che nel 2007 ha pronunciato solo due sentenze⁴¹ mentre nel 2008 non vi è stato alcun provvedimento né alcuna assegnazione. Una di tali sentenze verte ancora in materia di funzione pubblica, essendo stata iscritta al ruolo nel luglio 2004, mentre l'altra è una causa attribuita al Tribunale in virtù di una clausola compromissoria ex art. 238 CE. Tale norma consente di attribuire al giudice comunitario le controversie relative ad un contratto di cui è parte la Comunità, sulla base di una specifica clausola compromissoria, consentendogli di assumere una funzione "quasi arbitrale"⁴². In effetti, tale tipologia di ri-

⁴⁰ Cfr. statistiche del Tribunale della funzione pubblica reperibili sul sito internet, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_it_tfp_stat.pdf.

⁴¹ Sentenza del 12 dicembre 2007 in causa n. T-307/04, *Carlo Pagliacci c. Commissione*, non ancora pubblicata; sentenza del 23 ottobre 2007 in causa n. T-138/05, *Commissione c. Impetus Symvouloi Michanikoi*, in *Raccolta*, 2007, II, p. 136.

⁴² La competenza arbitrale del giudice comunitario prevista dai Trattati può, a prima vista, suscitare qualche sorpresa: una giurisdizione internazionale, con le caratteristiche peculiari del sistema regionale comunitario, sembra decisamente distante da un metodo di risoluzione delle controversie come quello arbitrale. La *ratio* di tale previsione può, tuttavia, essere ricercata leggendo in parallelo l'art. 238 e l'art. 240 del Trattato CE. Quest'ultima disposizione prevede, infatti, che «le controversie nelle quali la Comunità sia parte, non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali». In virtù del principio di attribuzione, alla Corte di giustizia spetta la competenza per gli specifici mezzi di ricorso previsti dal Trattato: non le è attribuita una competenza generale per tutte le controversie in cui sia parte la Comunità, in quanto questa resta ai tribunali nazionali. Il legislatore comunitario ha, tuttavia, tenuto conto del fatto che, nell'ambito di con-

corsi appare particolarmente idonea ad essere trattata da una formazione giudicante monocratica, in quanto si tratta di cause la cui soluzione è legata all'interpretazione contrattuale, senza necessità di approfondimenti istruttori e che in genere non sollevano particolari questioni di diritto.

Potrebbe dunque essere possibile una rivalutazione del ruolo del giudice unico presso il Tribunale di primo grado, tramite un più generoso sfruttamento delle possibilità consentite dall'art. 14 del Regolamento, in modo da consentirgli di giudicare anche le altre tipologie di cause elencate. Sarà necessario quindi uno sforzo interpretativo per individuare le cause caratterizzate dall'insussistenza di difficoltà delle questioni di fatto o di diritto e di circostanze particolari e di importanza limitata anche negli altri ricorsi suscettibili di remissione al giudice unico, sempre che non vi sia una modifica del regolamento di procedura che ne possa ampliare l'ambito di azione.

5. La previsione del giudice unico presso la Corte europea dei diritti dell'uomo

Nell'ambito del sistema giurisdizionale del Consiglio d'Europa, la Corte di Strasburgo si trova ad affrontare lo stesso problema della Corte comunitaria: il sovraccarico di lavoro. In questo caso vi sono però alcune peculiarità: la maggior parte dei ricorsi (più del 90% secondo il Rapporto esplicativo sul Protocollo n. 14⁴³) non giunge ad una sentenza di merito, essendo dichiarati irricevibili. Il 60% dei ricorsi, invece, è rappresentato da cause «ripetitive», che ripresentano violazioni di diritti umani già constatate dalla Corte e che possono essere risolte in base a sentenze «pilota».

Il Protocollo n. 14⁴⁴, adottato nella sessione del 12 e 13 maggio 2004 dal

tratti stipulati dalla Comunità con soggetti di diritto interno, possono emergere degli importanti interessi comunitari. Da questa considerazione, deriva l'opportunità di attribuire la competenza alla Corte di giustizia per risolvere le controversie derivanti dall'esecuzione di tali contratti. A proposito della funzione arbitrale della Corte cfr. in dottrina: M. CONDINANZI, *Articolo 238*, L. MAZZARINI, *Articolo 239*, in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1128-1134; J.-V. LOUIS - G. VANDERSANDEN - D. Waelbroeck - M. Waelbroeck, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, Collection Commentaire J. Mégret, Bruxelles, les Editions de l'Université de Bruxelles, 1993, p. 377-382; F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 815-821; J. RIDEAU - F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Parigi, Litec, 2002, p. 399-405; L. IDOT - C. JARROSSON, *Arbitrage*, in *Encyclopédie Dalloz Droit Communautaire*, V vol., 1992; U. DRAETTA, *Corte di giustizia C.E.E. e contratti internazionali: l'articolo 181 del Trattato di Roma*, in *Dir. comm. int.*, 1989, pp. 131-141; K. LENAERTS - M. PITTIE, *L'arbitrage et le droit européen. Conclusions générales*, in *L'arbitrage et le droit européen. Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 183 ss.

⁴³ Cfr. Rapport explicatif sur le Protocole n.° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, reperibile sul sito: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm>.

⁴⁴ Il testo del Protocollo 14 è reperibile sul sito <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/194.htm>. Per un'analisi del Protocollo 14, cfr. G. COHEN-JONATHAN - J. FLAUS (a cura di), *Le réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits*

Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, propone alcune soluzioni con l'obiettivo di rimediare al sovraccarico di lavoro della Corte, in modo da garantire una tutela efficace per i ricorrenti in tempi ragionevoli⁴⁵. Tra queste vi è la creazione di un meccanismo di "filtraggio" dei ricorsi, in cui viene assegnato al giudice unico il compito di dichiarare l'irricevibilità o la cancellazione dal ruolo di un ricorso, quando una tale decisione può essere presa senza ulteriori accertamenti. Il Rapporto esplicativo chiarisce che una tale decisione potrà essere presa dal giudice unico solo nelle cause «parfaitement claires, dans lesquelles l'irrecevabilité de la requête s'impose d'emblée»⁴⁶. Tale ruolo è attualmente svolto dai comitati, composti di tre giudici, che devono prendere tali decisioni all'unanimità⁴⁷.

Si tratta di un compito delicato, in quanto le decisioni del giudice unico sono definitive, secondo quanto disposto dall'art. 27 della Convenzione, come modificata dal Protocollo n. 14. Se, invece, non ci sono i presupposti per la dichiarazione di irricevibilità o per la cancellazione dal ruolo, il giudice rinvia la causa a un comitato o a una camera per un esame complementare. Il giudice unico potrà avvalersi dell'ausilio di relatori non giudiziari, facenti parte della Cancelleria. Il riferimento per svolgere questo ruolo sarà necessariamente la giurisprudenza sulle condizioni di ricevibilità dei ricorsi ex art. 35 della Convenzione. Il Protocollo n. 14 inserisce, inoltre, nell'art. 35 della Convenzione, un nuovo criterio di ricevibilità: viene, infatti, sancito che «La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime: [...] que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition

de l'homme, Collection *Droit et Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

⁴⁵ Il Protocollo 14 non è attualmente in vigore in quanto è stato ratificato da 46 Stati su 47 (con l'eccezione della Russia) mentre a tale fine era prevista l'unanimità. Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, per ovviare alla mancata entrata in vigore di tale strumento, è stato adottato il Protocollo 14 *bis*, aperto alla firma a Strasburgo il 27 maggio 2009, il quale prevede l'applicazione provvisoria di alcune delle misure previste dal Protocollo 14, in particolare la procedura per la dichiarazione di irricevibilità da parte del giudice unico e per la decisione di ricevibilità e la pronuncia sul merito da parte dei comitati di tre giudici. L'art. 6 del Protocollo 14 *bis* prevede l'entrata in vigore il primo giorno dopo un periodo di tre mesi seguente la ratifica di almeno tre Stati membri: poiché vi sono già state sei ratifiche, l'entrata in vigore è prevista per il 1° ottobre 2009. Tuttavia è possibile un'applicazione provvisoria prima dell'entrata in vigore per gli Stati che hanno già ratificato tale Protocollo o hanno dichiarato di accettarne l'applicazione (cfr. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=204&CM=8&CL=FRE>). Il 1° luglio 2009 è stato adottato un *addendum* al Regolamento di procedura relativo all'applicazione provvisoria delle disposizioni del Protocollo 14 *bis* (<http://www.echr.coe.int/NR/rdon lyres/968F8ED9-7ADB-40E7-8208-0D66B8E35E9D/0/Addendum au Règlement.pdf>) e tra il 7 e il 10 luglio 2009 sono state adottate le prime decisioni da parte del giudice unico (cfr. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=852347&portal=hbkm&source=externalbydoc-number&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>).

⁴⁶ Cfr. par. 67.

⁴⁷ Art. 28 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, reperibile sul sito internet <http://www.echr.coe.int/nr/rdon lyres/0d3304d1-f396-414a-a6c1-97b316f9753a/0/italianitalien.pdf>.

de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne». La considerazione della necessità del previo consolidamento di un orientamento giurisprudenziale su questo nuovo criterio, suscettibile di incidere fortemente sul numero dei ricorsi considerati ricevibili, ha imposto una certa cautela nel suo utilizzo da parte del giudice unico. L'art. 20 del Protocollo prescrive, infatti, che per i primi due anni successivi all'entrata in vigore del Protocollo stesso, tale criterio potrà essere applicato esclusivamente dalle Sezioni e dalla Sezione allargata della Corte: né il giudice unico, né i comitati potranno dunque avvalersi della nuova norma per dichiarare un ricorso irricevibile⁴⁸.

È interessante notare che in questo sistema non si ricorre al giudice unico per la decisione di cause ripetitive⁴⁹, come si sarebbe potuto fare, dato che questo è l'altro grande problema della Corte e così si è scelto di fare presso il Tribunale di primo grado. La collocazione del giudice unico risponde, invece, all'esigenza di evitare che arrivino davanti alla Corte controversie prive di fondamento, attraverso una previa pronuncia di carattere giurisdizionale.

Un'altra significativa differenza è che il giudice unico presso il Tribunale di primo grado emette la decisione sul merito, impugnabile, mentre in questo caso si tratta di una pronuncia sulla irricevibilità o sulla cancellazione del ruolo, che è definitiva.

Nonostante le differenze dei due sistemi, i motivi che hanno portato all'introduzione del giudice unico sono gli stessi: nel Rapporto esplicativo⁵⁰ si dice, infatti, che l'obiettivo è conferire alla Corte le misure procedurali e la flessibilità necessaria per trattare l'insieme dei ricorsi in tempi accettabili e permetterle di concentrarsi sulle cause più importanti che sollevano problemi in materia di diritti dell'uomo e che necessitano un esame più approfondito.

Anche in questo caso, come al momento dell'introduzione del giudice unico presso il Tribunale di primo grado, si ha la consapevolezza che non si tratta di modifiche radicali: queste misure, infatti, incidono sul funzionamento del sistema e non sulla sua struttura.

6. Conclusioni

Negli Stati europei la formazione giudicante monocratica fa ormai parte stabile dell'architettura giudiziaria nazionale⁵¹. Nella stessa decisione istituti-

⁴⁸ Tale cautela è stata mantenuta nel Protocollo 14 *bis*, il quale non rende provvisoriamente applicabili le modifiche apportate dall'art. 12 del Protocollo 14 all'art. 35 della Convenzione.

⁴⁹ Il Protocollo 14 prevede l'assegnazione delle cause ripetitive, con possibilità di decisione nel merito, ai comitati di tre giudici (cfr. art. 8). Anche tale novità è resa applicabile in via provvisoria dal Protocollo 14 *bis* (cfr. art. 4).

⁵⁰ Cfr. par. 11.

⁵¹ Cfr. L. G. SCAPELLATI SFORZOLINI, *Il giudice unico nei paesi europei*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 93-100.

va del giudice unico presso il Tribunale di primo grado era contenuto l'espresso riferimento alle esperienze acquisite nei differenti sistemi giuridici nazionali: da queste, infatti, risultava che «in taluni casi, né la natura delle questioni di diritto o di fatto sollevate, né l'importanza della causa, né altre circostanze particolari giustificano che una causa venga giudicata in primo grado da un collegio di giudici e che, attribuendo ad un giudice unico la competenza a statuire su determinate controversie, è possibile accrescere in modo considerevole il numero di cause giudicate da un organo giurisdizionale»⁵².

Il tentativo di riprodurre questa soluzione in ambito comunitario con la medesima efficacia degli ordinamenti nazionali è fallito per la resistenza ad accettare decisioni monocratiche in un contesto giurisdizionale sovranazionale.

Lo sforzo compiuto nell'elaborazione delle norme del regolamento del Tribunale di primo grado era stato proprio quello di individuare uno spazio in cui le sentenze del giudice unico potessero essere accettate, alleggerendo in modo significativo il carico di lavoro delle sezioni e, quindi, apportando un notevole miglioramento alla gestione della giustizia comunitaria, senza rinunciare alla collegialità nelle questioni di maggiore rilevanza, decisive per mantenere l'unità dell'ordinamento.

Questo spazio appariva fin dall'inizio troppo angusto ed è stato ulteriormente ritagliato nella prassi, impedendo un effettivo contributo alla diminuzione del carico di lavoro del Tribunale.

Nonostante questo parziale fallimento, non si è persa la consapevolezza che il giudice unico possa costituire un'ottima risorsa, soprattutto in un sistema in cui i ricorsi sono in costante aumento e i giudici sono in un numero limitato. Il riscontro dell'esistenza di cause ripetitive e il progressivo affermarsi della giurisprudenza comunitaria con valore di precedente sono ulteriori elementi a favore del giudice unico. Queste considerazioni sono, infatti, confermate dalla previsione del giudice unico presso il Tribunale della funzione pubblica, fin dalla prima versione del Regolamento di procedura. Anche la previsione della formazione monocratica presso la Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce un importante spunto di riflessione sull'impiego di questa risorsa. La sfida è dunque quella di trovare la collocazione giusta per il giudice unico, al fine di consentirgli di svolgere un ruolo attivo nel miglioramento dell'efficienza del sistema giurisdizionale europeo.

Ilaria Anrò*

⁵² Cfr. terzo *considerando* della decisione n. 1999/291/Ce, Ceca, Euratom, *cit. supra*, nota 4.

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Milano.

DOCUMENTAZIONE

IL COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA SOLLECITA L'ADOZIONE DI MISURE PER UNA ESECUZIONE RAPIDA DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA

Raccomandazione CM/Rec(2008)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sugli strumenti efficaci da adottare a livello interno per l'esecuzione rapida delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*

(adottata dal Comitato dei Ministri il 6 febbraio 2008, in occasione della 1017ma riunione dei Delegati dei Ministri)

Il Comitato dei Ministri, in virtù dell'art. 15.b dello Statuto del Consiglio d'Europa,

a. Sottolineando l'obbligo giuridico delle Alte Parti contraenti ai sensi dell'art. 46 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (di seguito «La Convenzione») di conformarsi a tutte le sentenze definitive della Corte europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito "la Corte") nei giudizi in cui essi siano parti;

b. Ribadendo il fatto che le sentenze in cui la Corte ha constatato una violazione impongono alle Alte Parti contraenti un obbligo di:

- versare tutte le somme accordate dalla Corte a titolo di equa soddisfazione;
- adottare, all'occorrenza, misure di carattere individuale per porre fine ad una violazione constatata dalla Corte e per ripararne, per quanto possibile, gli effetti;
- adottare, all'occorrenza, le misure di carattere generale necessarie per porre fine alle violazioni simili o per prevenirle;

c. Ricordando ugualmente che, sotto la sorveglianza del Comitato dei Ministri,

* Il testo sopra riportato costituisce la versione italiana – disponibile sul sito internet www.cortieuropee.unito.it/?=441 – della Recommendation CM/Rec(2008)2 of the Committee of Ministers to member States on efficient domestic capacity for rapid execution of judgments of the ECtHR, pubblicata come "Appendix 8" in Council of Europe - Committee of Ministers, *Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights, 2nd annual report*, Strasbourg, April 2009, reperibile sul sito internet www.coe.int/t/e/human_rights/execution/CM_annreport2008_en.pdf. In argomento v. *infra*, p. 339 ss., il contributo di *FRANCESCA PERRINI*.

lo Stato convenuto rimane libero di scegliere gli strumenti con i quali adempierà al suo obbligo giuridico previsto dall'art. 46 della Convenzione al fine di conformarsi alle sentenze definitive della Corte;

d. Convinto che una esecuzione rapida ed effettiva delle sentenze della Corte contribuisce a rinforzare la protezione dei diritti umani negli Stati membri e ad assicurare l'efficacia a lungo termine del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo;

e. Notando che la piena attuazione dell'insieme delle misure coerenti invocate nella Dichiarazione "Assicurare l'efficacia dell'attuazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo a livello nazionale ed europeo", adottata dal Comitato dei Ministri in occasione della sua 114ma Sessione (12 maggio 2004), tende, tra l'altro, a facilitare il rispetto dell'obbligo giuridico di eseguire le sentenze della Corte;

f. Ricordando che i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno sottolineato nel maggio 2005 a Varsavia la necessità di una celere e piena esecuzione delle sentenze della Corte;

g. Notando che a tal fine si ravvisa un bisogno di rafforzare gli strumenti interni di esecuzione delle sentenze della Corte;

h. Sottolineando l'importanza di una pronta informazione e di un efficace coordinamento di tutti gli attori statali coinvolti nel processo di esecuzione e notando allo stesso modo l'importanza di assicurare in seno ai sistemi nazionali, se necessario ad alti livelli, l'effettività del processo di esecuzione interno;

i. Notando che l'Assemblea parlamentare ha raccomandato al Comitato dei Ministri di incitare gli Stati a migliorare o, se necessario, a creare meccanismi e procedure interne – a livello tanto governativo quanto parlamentare – che permettano di garantire un'attuazione rapida ed effettiva delle sentenze della Corte, grazie all'azione concertata di tutti gli attori nazionali interessati e con il sostegno necessario al più alto livello politico¹;

j. Notando che le disposizioni di questa raccomandazione sono applicabili, *mutatis mutandis*, all'esecuzione di tutte le decisioni² o le sentenze della Corte che riportino i termini di un regolamento amichevole o che concludano un caso sulla base di una dichiarazione unilaterale da parte di uno Stato;

Raccomanda agli Stati membri:

1. di designare un coordinatore – persona fisica o ufficio – per l'esecuzione delle sentenze a livello interno, insieme a persone di riferimento identificate in seno alle autorità nazionali coinvolte nel processo di esecuzione delle sentenze. Tale coordinatore dovrà poter contare sull'autorità ed i poteri necessari per:

- ottenere informazioni pertinenti;
- coordinarsi con persone o entità responsabili sul piano interno di decisioni concernenti le misure da adottare per l'esecuzione di una sentenza; e
- in caso di bisogno, adottare o dare avvio alle misure idonee ad accelerare il

¹ Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare 1764(2006) «Esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo».

² Dall'entrata in vigore del Protocollo 14 CEDU.

processo di esecuzione;

2. di assicurare la messa in opera di meccanismi efficaci di dialogo e di trasmissione delle informazioni pertinenti tra il coordinatore ed il Comitato dei Ministri, sia questo attraverso l'intermediario della Rappresentanza Permanente o in altra maniera;

3. di prendere le misure necessarie affinché ciascuna sentenza da eseguire, come anche tutte le decisioni e/o risoluzioni del Comitato dei Ministri pertinenti relative alla sentenza, siano debitamente e rapidamente diffuse, compreso se necessario attraverso traduzioni a favore degli attori coinvolti nel processo di esecuzione;

4. di identificare ad uno stadio il più possibile precoce le misure che possano rivelarsi necessarie per garantire una esecuzione rapida;

5. di favorire l'adozione di ogni misura utile per sviluppare delle sinergie efficaci tra gli attori coinvolti nel processo di esecuzione a livello nazionale, sia che si tratti di misure generali sia che si tratti di una risposta ad una sentenza specifica, ed identificare le loro rispettive competenze;

6. di preparare rapidamente, all'occorrenza, piani d'azione sulle misure intraprese per eseguire le sentenze, e includendo se possibile un calendario indicativo;

7. di prendere le misure necessarie per garantire che gli attori coinvolti nel processo di esecuzione abbiano sufficiente familiarità con la giurisprudenza delle Corti, così come con le raccomandazioni e la prassi rilevante del Comitato dei Ministri;

8. di diffondere il *vademecum* del Consiglio d'Europa sul processo d'esecuzione presso gli attori coinvolti ed incoraggiarne l'uso, come pure della banca dati del Consiglio d'Europa contenente informazioni sullo stato di esecuzione di tutti i procedimenti pendenti davanti al Comitato dei Ministri;

9. di tenere, ove necessario, i parlamenti informati della situazione relativa all'esecuzione delle sentenze e delle misure prese e da prendere a questo riguardo;

10. se un problema sostanziale e persistente nel processo di esecuzione l'impone, di assicurare che ogni azione utile sia intrapresa ad alto livello, politico se necessario, per porvi rimedio.

LA LEGGE N. 12/2006 E L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: RISULTATI REALIZZATI E OBIETTIVI DA RAGGIUNGERE

Sommario: *Premessa - 1. Effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti indiretti ed «equa soddisfazione» - 2. L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo - 3. La rilevanza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce delle pronunce della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007 - 4. L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il problema dell'eccessiva durata dei processi - 5. Luci e ombre nella nuova normativa italiana.*

Premessa

Con la legge n. 12 del 9 gennaio 2006¹ intitolata «Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea per i diritti dell'uomo»² si affida al Presidente del Consiglio dei Ministri una esplicita competenza in materia di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, attribuendogli, in particolare, il compito di: *a.* comunicare tempestivamente alle Camere le pronunce della Corte europea affinché possano essere esaminate dalle competenti Commissioni parlamentari permanenti; *b.* presentare al Parlamento una relazione annuale sullo stato di esecuzione delle stesse pronunce. In attuazione della citata legge è stato adottato il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° febbraio 2007³, intitolato «Misure per l'esecuzione della legge 9 gennaio 2006 n. 12». Con tale stru-

¹ Pubblicata in *Guri* n. 15 del 19 gennaio 2006.

² La legge amplia le competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri così come sono delineate nella legge n. 400/1998. Essa è composta di un unico articolo che così recita: «All'articolo 5, comma 3, della legge 23 agosto 1998, n. 400, dopo la lettera a) è inserita la seguente: "a-bis) promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce"».

³ Pubblicato in *Guri* n. 83 del 10 aprile 2007.

mento, in particolare, si individua nel Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri l'organo incaricato di fare da raccordo tra la Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa ed il soggetto istituzionale interessato dalla sentenza di condanna. L'art. 1, par. 4, del suddetto decreto dispone che il Dipartimento possa non solo invitare l'amministrazione competente a conformarsi al dettato della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed al contenuto della sentenza, ma possa anche suggerire l'adozione di specifiche misure individuali o generali ritenute necessarie⁴.

Il fatto che lo Stato italiano abbia ritenuto di dover adottare tali strumenti sembra essere già di per sé un fatto importante⁵, sia per la rilevanza che si riconosce alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sia per la volontà dimostrata nel risolvere alcuni dei problemi che sono alla base delle condanne più frequenti da parte dei giudici di Strasburgo, primo fra tutti, ovviamente, il problema della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo.

Per poter comprendere pienamente la portata della legge n. 12/2006 occorre soffermarsi sul tema degli effetti delle sentenze della Corte europea e sulle sue relazioni con il nuovo orientamento della Corte costituzionale ravvisabile nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Alla luce di tali considerazioni di ordine generale non si può non rilevare come alcune fondamentali questioni non solo restano insolute ma addirittura continuano a creare problemi di coordinamento fra giurisdizioni, come dimostra la questione dell'eccessiva durata delle procedure giudiziarie. Il giudizio positivo sulla volontà manifestata dall'ordinamento italiano di conformarsi al disposto delle pronunce dei giudici di Strasburgo non potrà, pertanto, non essere accompagnato da una critica relativa alla scarsa incisività degli strumenti adottati.

1. Effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti indiretti ed «equa soddisfazione»

La procedura instaurata davanti alla Corte di Strasburgo sfocia nell'emanazione di una sentenza, nella quale la Corte dichiara, esponendo le proprie

⁴ L'art. 1, par. 4, così recita: «Il Dipartimento invita l'Amministrazione competente a conformarsi ai principi convenzionali nonché alle eventuali statuizioni contenute nelle sentenze, suggerendo, se del caso, l'adozione delle misure individuali o generali ritenute necessarie; coordina e favorisce, altresì, l'individuazione di misure idonee a prevenire ed evitare constatazioni di violazioni della Convenzione».

⁵ In proposito v. G. RAIMONDI, *Nuove disposizioni in materia di esecuzione delle sentenze della Corte europea: una buona legge*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 1/2006, p. 75; C. CIUFFETTI, *La legge n. 12 del 2006: alla ricerca di un ruolo parlamentare in tema di attuazione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 2/2006, p. 34; B. RANDAZZO, *Nuovi sviluppi in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 2/2006, p. 11.

motivazioni, se, nel caso di specie, vi sia stata o meno violazione della Convenzione. Le sentenze della Corte europea sono vincolanti ed obbligatorie⁶. L'effetto della sentenza è principalmente dichiarativo in quanto i giudici di Strasburgo non hanno il potere di intervenire direttamente in maniera incisiva nell'ordinamento giuridico di uno Stato modificando una sentenza delle giurisdizioni nazionali⁷, o una legge interna o un atto amministrativo, né di obbligare lo Stato autore della violazione ad adottare determinate misure legislative o di altro tipo⁸. La stessa Corte europea, nella sentenza del 13 giugno 1979 relativa al caso *Marckx c. Belgio*⁹, conferma il carattere dichiarativo delle sue pronunce. Tuttavia, bisogna segnalare un nuovo orientamento della Corte, ravvisabile già nella sentenza del 31 ottobre 1995, relativa al caso *Papamichalopoulos c. Grecia*, in cui per la prima volta la Corte impone al Governo chiamato in causa l'adozione di una determinata misura, sebbene preveda in alternativa (probabilmente per attenuare la portata della decisione) la riparazione pecuniaria¹⁰.

In via generale a carico dello Stato autore della violazione vi è un «obbligo di risultato»¹¹ nel senso che deve adattare il proprio ordinamento giuridico a quanto disposto nella Convenzione europea al fine di evitare il ripetersi di altre violazioni e, di conseguenza, il ripetersi di altre condanne da parte della Corte europea¹². Infatti, sebbene le sentenze siano efficaci solo nei confronti

⁶ Ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea: «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte pronunciate in controversie di cui sono parti». In generale sul tema dell'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo v. P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁷ È da rilevare il fatto che, durante i lavori preparatori della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si discusse inizialmente sulla possibilità di accordare alla Corte europea il potere di annullare, sospendere o modificare la decisione della Corte interna oggetto della contestazione, o di obbligare lo Stato ad instaurare una procedura penale, amministrativa o civile contro il responsabile della violazione. Sul punto v. P. FRUMER, *La réparation des atteintes aux droits de l'homme internationalement protégés. Quelques données comparatives*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1996, p. 329.

⁸ Cfr. S. DE BELLIS, *L'obbligo di modifica dell'ordinamento statale determinato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. I, Bari, Cacucci, 1995, p. 337.

⁹ Sul punto v. F. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 57.

¹⁰ Si tratta della restituzione dei terreni ai ricorrenti che avevano subito un'espropriazione da parte delle autorità greche. Sulla sentenza sono state espresse opinioni particolarmente positive, per le quali, tra gli altri, v. J. F. FLAUSS, *La réparation due en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme – addendum*, in *Journal des Tribunaux*, 15 febbraio 1996, p. 48; P. FRUMER, *La réparation des atteintes aux droits de l'homme internationalement protégés. Quelques données comparatives*, cit. supra, nota 7, 1996, p. 329 ss.; per un'opinione maggiormente critica si rimanda a P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restitutio in integrum ed equa soddisfazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 152 ss.

¹¹ Sul punto v. M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 1991, p. 285-286.

¹² V. S. DE BELLIS, *L'obbligo di modifica dell'ordinamento statale determinato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, loc. cit., p. 339 ss., in cui l'Autore conclude che per valu-

del ricorrente, un'eventuale condanna dello Stato potrebbe determinare il ricorso alla Corte europea da parte di tutti coloro che si pretendono vittime di una stessa violazione, facendo così nascere il rischio che lo Stato in questione possa essere ripetutamente condannato dalla giurisdizione di Strasburgo¹³. È per questo che, molto spesso, gli Stati preferiscono apportare modifiche al proprio ordinamento giuridico, ricorrendo ai mezzi che ritengono più opportuni¹⁴, piuttosto che subire nuove condanne da parte di un'istanza giurisdizionale internazionale¹⁵. Si tratta di un effetto indiretto delle sentenze della Corte che in alcuni casi è stato alla base della modifica di normative interne¹⁶.

Le sentenze della Corte producono effetti anche sul piano interpretativo, in quanto gli Stati parti della Convenzione devono assicurare il rispetto dei diritti ivi contenuti così come interpretati dalla Corte europea¹⁷. Anche in questo caso si tratta di effetti indiretti delle pronunce, che non derivano dal fatto che la Corte europea sia un'istanza giurisdizionale gerarchicamente sovraordinata rispetto alle giurisdizioni nazionali; al contrario, queste ultime sono da considerarsi assolutamente indipendenti rispetto al sistema giurisdizionale di Strasburgo. Pertanto, non esiste un obbligo per il giudice nazionale, ai sensi

tare se vi sia o meno un obbligo a carico dello Stato di modificare il proprio ordinamento in seguito ad una sentenza di condanna da parte della Corte sarà necessario esaminare la sentenza «al fine di individuare le ragioni della dichiarata violazione, e solo se si riterrà altrimenti impossibile raggiungere, in futuri casi simili, il risultato voluto dalla norma convenzionale e non raggiunto nel caso di specie, si dovrà concludere che lo Stato interessato ha l'obbligo di modificare la norma interna».

¹³ V. F. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, cit. *supra*, nota 9, p. 58 ss.

¹⁴ In realtà, come dimostra il controllo sull'esecuzione delle sentenze di cui si dirà oltre, la libertà dello Stato nella scelta dei mezzi da adottare per adeguare il proprio ordinamento giuridico a quanto previsto nella Convenzione europea è sempre più ristretta. Sul punto v. V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1, 2002, p. 17 ss.

¹⁵ V. in proposito C. RUSSO - P. M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 43.

¹⁶ Sulla efficacia indiretta delle sentenze della Corte europea v. M. DE STEFANO, *Se in Italia la giustizia dorme, scrivete a Strasburgo*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2, 1991, p. 63 in cui si sottolinea come le sentenze della Corte di Strasburgo svolgono una funzione «di coazione e di stimolo al mutamento del sistema nazionale, per renderlo conforme ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo». Sull'adozione di misure di carattere generale a seguito dell'emanazione di una sentenza della Corte europea v. M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, p. 156-157. Per quanto riguarda l'Italia, per esempio, la sentenza del 12 febbraio 1985 relativa al caso *Colozza* ha prodotto come conseguenza una nuova normativa sul processo in contumacia al fine di adeguare la disciplina interna al sistema giuridico di Strasburgo. Vi sono stati dei casi in cui anche altri Stati hanno apportato modifiche normative nei propri ordinamenti a seguito di una sentenza della Corte europea. La sentenza relativa al caso *Martins Moreira* del 26 ottobre 1988, con la quale si accertava la violazione dell'art. 6, par. 1, è stata alla base della decisione del Portogallo di aumentare il numero dei magistrati della Corte Suprema; in Spagna, per effetto della sentenza relativa al caso *Unión Alimentaria Sanders S.A.* del 7 luglio 1989, con la quale si accertava anche in questo caso la violazione dell'art. 6, par. 1, sono state adottate misure riguardanti la riorganizzazione delle circoscrizioni giudiziarie e la revisione delle loro funzioni. Sul punto v. S. DE BELLIS, *L'obbligo di modifica dell'ordinamento statale determinato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. *supra*, nota 8, p. 343.

¹⁷ In proposito v. P. PIRRONE *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. *supra*, nota 6, p. 86 ss.

della Convenzione, di conformarsi ad una precedente decisione della Corte europea emanata con riferimento ad un caso simile. Tuttavia, la particolare autorevolezza che non si può non riconoscere all'istanza internazionale congiuntamente al fatto che in innumerevoli occasioni la Corte è giunta alle stesse conclusioni per casi simili ad altri precedentemente esaminati (richiamandoli anche nelle motivazioni) porta a concludere che i giudici nazionali non possono non tenere in considerazione la giurisprudenza di Strasburgo e che, pertanto, i diritti della Convenzione vanno garantiti e tutelati anche alla luce della interpretazione che di essi ne ha dato la Corte europea¹⁸.

Del resto, la stessa Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ritiene che le sentenze della Corte europea siano dotate di efficacia *erga omnes*, nel senso che tutte le Parti contraenti della Convenzione europea (e non solo quelle cui la decisione della Corte è rivolta) sono tenute ad adeguare il proprio ordinamento a quanto disposto dagli articoli della Convenzione stessa così come interpretati dalla Corte¹⁹.

L'unico effetto diretto prodotto dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰ consiste nell'«equa soddisfazione» prevista dall'art. 41 della Convenzione europea²¹ che, di solito, si concretizza nel risarcimento pecuniario nei confronti della parte lesa in quanto non è sempre possibile la *restitutio in integrum*²². Vi sono dei casi, infatti, in cui non si può più ripristinare la si-

¹⁸ Sul punto v. F. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, cit. supra, nota 9, p. 60 ss., in cui si precisa che: «Per indicare l'influenza che le sentenze della Corte di Strasburgo possono in tal modo esercitare sui tribunali interni, si parla di "effet d'orientation des arrêts", piuttosto che di un loro effetto come "precedenti" in senso tecnico». L'Autore, inoltre, pone l'accento anche su un'altra categoria di effetti prodotti dalle sentenze della Corte europea, vale a dire l'effetto preventivo, che consiste nell'attenzione che gli organi statali rivolgono alla Convenzione europea allorché esercitano le loro funzioni. In questo caso, quindi, si evita di incorrere in una condanna da parte della Corte europea, come se la sola esistenza di tale organo fungesse da deterrente. Come esempio viene riportato il caso del progetto di legge del 18 luglio 1984 recante delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, in cui all'art. 2 si stabiliva che «il codice deve adeguarsi alle norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

¹⁹ V. la Risoluzione dell'Assemblea parlamentare n. 122 del 28 settembre 2000, in cui si afferma che «secondo il principio di solidarietà, la giurisprudenza della Corte fa parte integrante della Convenzione, si che il carattere giuridicamente obbligatorio della Convenzione è allargato "erga omnes" (a tutte le altre Parti). Da ciò consegue che gli Stati contraenti devono non solo eseguire le sentenze pronunciate dalla Corte nelle cause in cui sono parte, ma devono egualmente tener conto delle eventuali incidenze che le sentenze pronunciate in altri casi possono avere sui loro sistemi e sulle loro prassi giuridiche». Secondo il Direttore generale dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, Pierre-Henri Imbert, si tratta dell'effetto diretto esplicito dalle sentenze della Corte europea presso tutti gli Stati parti contraenti della Convenzione. Sul punto cfr. V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, cit. supra, nota 14, p. 27.

²⁰ F. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, cit. supra, nota 9, p. 58.

²¹ Ai sensi del quale: «Se viene accertata una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e il diritto interno dell'Alta Parte contraente interessata non consente che una parziale riparazione delle conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

²² È da segnalare il fatto che la Corte può anche decidere che la sola constatazione dell'avvenuta violazione da parte dello Stato costituisce di per sé una forma di "equa soddisfazione". Pertanto,

tuazione esistente prima che fosse stata commessa la violazione della Convenzione. Per esempio, il caso della mancata osservanza del termine ragionevole di una procedura giudiziaria ricade proprio in tale ipotesi²³.

Nell'accordare l'«equa soddisfazione» sotto forma di risarcimento pecuniario, la Corte prende in considerazione il disagio subito dalla parte lesa, vittima della violazione (il ricorrente) sotto il profilo del pregiudizio morale, del pregiudizio materiale e delle spese²⁴.

Lo Stato autore della violazione è obbligato²⁵ a versare al ricorrente l'indennizzo pecuniario riconosciuto a titolo di «equa soddisfazione» entro tre mesi dalla data alla quale la sentenza diviene definitiva. Nel caso in cui non venisse rispettato tale termine, lo Stato condannato dovrà corrispondere anche gli interessi di mora, la cui determinazione viene effettuata sulla base di quanto stabilisce la Corte nella stessa sentenza di condanna²⁶.

vi possono essere dei casi in cui, anche laddove non sia possibile il ripristino della situazione precedente, la Corte non accordi la riparazione di tipo pecuniario. Sul punto v. G. M. UBERTAZZI, *L'accertamento della violazione della Convenzione europea come "equa soddisfazione" alla parte lesa*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, p. 75 ss. In tema di risarcimento pecuniario è stato anche sottolineato il rischio che i ricorsi a Strasburgo diventassero sempre di più ricorsi volti ad ottenere l'indennizzo più che l'accertamento della violazione, v. J. F. FLAUSS, *La "satisfaction équitable" devant les organes de la Cour européenne des droits de l'homme. Développements récents*, in *Europe*, 6, 1992, p. 1 ss.; ID., *La banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1996, p. 99.

²³ In particolare nella sentenza del 13 luglio 2000, relativa al caso *Scozzari e Giunta c. Italia*, la Corte ha stabilito che: «Ai sensi dell'art. 41, lo scopo delle somme concesse a titolo di equa soddisfazione è unicamente quello di accordare un risarcimento per i danni subiti dagli interessati nella misura in cui sono una conseguenza della violazione a cui in nessun modo si può porre rimedio».

²⁴ Sul punto v. M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 11, p. 287 ss.; C. RUSSO - P. M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit. supra, nota 15, p. 45; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 16, p. 151-152. In particolare, per quanto concerne il pregiudizio morale, esso viene in rilievo nei casi di irragionevole durata del processo nella misura in cui il soggetto coinvolto nella procedura giudiziaria rimane a lungo in una condizione di incertezza a causa dell'eccessivo protrarsi dei tempi processuali. Già nel 1990 tale aspetto era stato sottolineato dal rappresentante della Commissione europea dei diritti dell'uomo, Prof. M. Trechsel, in occasione della trattazione dei casi *Alimena, Motta, Manzoni, Ficara, Viezzer, Ferraro, Trigiani, Mori e Adiletta* di fronte alla Corte europea, v. A. SINAGRA, *Nuovi orientamenti in tema di equo indennizzo*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1, 1990, p. 43.

²⁵ Si tratta di un obbligo che lo Stato non può rifiutarsi di adempiere. È stato osservato che un eventuale rifiuto di pagare sarebbe «compatibile solo con la volontà dello Stato di recedere dal Consiglio d'Europa e potrebbe dar luogo al procedimento di sostanziale espulsione previsto dagli artt. 3 ed 8 dello Statuto di tale organismo», cfr. V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, cit. supra, nota 14, p. 19.

²⁶ V. G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 422, p. 433; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 16, p. 152. Sulle modalità di presentazione di una richiesta di risarcimento v. M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 11, p. 287; S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 661 ss.; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 169.

2. L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

Il controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo è affidato, ai sensi dell'art. 46, par. 2²⁷, della Convenzione europea, al Comitato dei Ministri²⁸ del Consiglio d'Europa. Si tratta di un compito particolarmente importante, in quanto all'accertamento della violazione della Convenzione dovrà seguire una risposta da parte dello Stato condannato, il quale, oltre ad essere tenuto al pagamento dell'indennizzo pecuniario, dovrà osservare le indicazioni fornite dallo stesso Comitato dei Ministri al fine di evitare il reiterarsi di altre violazioni dello stesso tipo e di realizzare l'adeguamento al sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo così come delineato dalla Convenzione europea e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per realizzare efficacemente tale adeguamento lo Stato adotterà misure di carattere individuale, relative al caso di specie e che interessano direttamente il ricorrente e misure di carattere generale che servono ad evitare future violazioni in casi analoghi. Nell'ambito delle misure del primo tipo si tratta dell'adozione di provvedimenti che permettono la *restitutio in integrum*, che, però, come si è detto, non è sempre possibile, ma che, tuttavia, rappresenta l'interesse primordiale nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo definito dalla Convenzione europea. Pertanto, laddove vi sia la possibilità di ripristinare la situazione preesistente la violazione, lo Stato deve attivarsi in tutti i modi in tale direzione²⁹. Anche con riferimento all'adozione di misure di carattere generale, il Comitato dei Ministri ha svolto un'importante funzione di stimolo

²⁷ In base al quale: «La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne vigila l'esecuzione». Sulla procedura di controllo v. M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 16, p. 157 ss.; V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1, 2002, p. 19 ss.; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 26, p. 239 ss.

²⁸ Organo politico formato dai rappresentanti degli Stati membri dell'organizzazione.

²⁹ In questa direzione si colloca la Raccomandazione del Comitato dei Ministri n. R (2000) 2 del 19 gennaio 2000 nella quale l'organo indica come mezzo valido per la realizzazione della *restitutio in integrum* il riesame di un caso o la riapertura di un procedimento giudiziario davanti ai tribunali interni. Ovviamente la necessità del riesame del caso è particolarmente avvertita per i casi di violazione delle regole dell'equo processo allorché non siano stati rispettati i diritti della difesa. In particolare, il Comitato dei Ministri invita gli Stati ad «esaminare i loro sistemi giuridici nazionali in vista di assicurarsi che esistano delle possibilità appropriate per il riesame di un caso, compresa la riapertura di una procedura, nei casi in cui la Corte ha constatato una violazione della Convenzione, in particolare quando: *i.* la parte lesa continua a soffrire conseguenze negative molto gravi in seguito alla decisione nazionale, conseguenze che possono essere modificate solo dal riesame o dalla riapertura, e *ii.* risulta dalla sentenza della Corte che *a.* la decisione interna messa in causa è contraria nel merito alla Convenzione, ovvero *b.* la violazione constatata è stata provocata da errori o manchevolezze di procedure di una tale gravità che un serio dubbio esiste sul risultato della procedura interna messa in causa». In proposito v. S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit. supra, nota 26, pp. 663-664. Sul tema della revisione dei processi v. A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 618 ss.

nei confronti degli ordinamenti interni.

Le modalità secondo le quali deve effettuarsi il controllo sull'esecuzione delle sentenze sono indicate nelle «Regole adottate dal Comitato dei Ministri in vista dell'applicazione dell'art. 46, par. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»³⁰. La prima fase del controllo consiste nell'accertamento dell'avvenuto pagamento del risarcimento pecuniario concesso alla parte lesa a titolo di «equa soddisfazione»³¹. Successivamente sarà accertato se vi sia o meno la necessità di indicare l'adozione di misure di carattere individuale. Il Comitato dei Ministri può, inoltre, raccomandare l'adozione di misure di carattere generale. Nel caso in cui lo Stato condannato abbia seguito le indicazioni del Comitato dei Ministri, questi adotta una risoluzione con la quale si dichiara conclusa la procedura di controllo³².

Nello svolgimento di tale funzione di controllo il Comitato dei Ministri è assistito dalla Direzione Generale dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa³³, incaricata di esaminare la sentenza della Corte europea e di stabilire un contatto con le autorità nazionali dello Stato condannato con le quali collabora per poter meglio conoscere la situazione interna che ha portato alla violazione della Convenzione e suggerire con maggiore efficacia il tipo ed il contenuto delle misure interne da adottare³⁴. Questa materia, peraltro, ha subito alcune significative modifiche a seguito dell'adozione del Protocollo 14 alla Convenzione che ne emenda il sistema di controllo, adottato il 13 maggio 2004 e non ancora entrato in vigore. In esso si prevede, in particolare, che il Comitato dei Ministri possa chiedere alla Corte di pronunciarsi sulla viola-

³⁰ Il documento è stato adottato il 10 gennaio 2001 ed ha abrogato le precedenti «Regole» del 1976, le quali erano ormai considerate inadeguate, v. J. F. FLAUS, *La pratique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe au titre de l'article 54 de la Convention européenne des droits de l'homme (1985-1988)*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1988, p. 410.

³¹ L'attività di controllo esercitata dal Comitato dei Ministri è definita dalla regola n. 3, lett. b., in base alla quale: «Nel quadro della sorveglianza dell'esecuzione di una sentenza, il Comitato dei ministri esamina se l'equa soddisfazione concessa dalla Corte è stata pagata, con gli eventuali interessi per il ritardo e, se del caso, tenuto conto della discrezionalità di cui dispone lo Stato interessato per quel che concerne la scelta dei mezzi necessari per conformarsi alla sentenza, se sono state prese le misure individuali per assicurare che la violazione è cessata e che la parte lesa sia stata collocata, nella misura del possibile, nella situazione precedente la violazione, e se sono state adottate le misure generali per prevenire violazioni analoghe a quelle constatate o per mettere fine a violazioni perduranti».

³² La regola n. 8, stabilisce che: «Il Comitato dei ministri, dopo aver concluso che lo Stato interessato ha preso tutte le misure necessarie per conformarsi alla sentenza, adotta una risoluzione di constatazione dell'avvenuto adempimento delle sue funzioni ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 46 della Convenzione».

³³ Sul ruolo della Direzione generale dei diritti dell'uomo v. F. G. E. SUNDBERG, *Control of the judgements of the Court of human rights. The role of the Directorate general of human rights*, in C. ZANGHÌ - K. VASAK (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: 50 anni d'esperienza. Gli attori e i protagonisti della Convenzione: il passato, l'avvenire*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 103 ss.

³⁴ Per esempio, nell'ambito delle violazioni commesse dall'Italia con riferimento al diritto alla ragionevole durata del processo, sono stati organizzati degli incontri con il Consiglio Superiore della Magistratura e con il Ministro della giustizia.

zione dell'obbligo di esecuzione della sentenza, nel caso in cui uno Stato non intenda conformarsi alla sentenza di condanna.

L'articolata procedura di controllo ed il fatto che il Comitato dei Ministri, come è dimostrato dalla prassi³⁵, svolge un ruolo rilevante nella valutazione delle misure adottate, verificando la loro idoneità ad evitare in futuro violazioni analoghe, mette in evidenza come le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur avendo formalmente carattere dichiarativo, possano incidere nell'ordinamento interno di uno Stato, al fine di permettere l'adeguamento al sistema di tutela dei diritti umani delineato dalla Convenzione europea³⁶.

3. La rilevanza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce delle pronunce della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007

Con le sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007 la Corte costituzionale ha avuto modo di ritornare ancora una volta sul tema già ampiamente trattato del valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel nostro ordinamento³⁷. Questa volta il tema viene affrontato alla luce del limite all'attività legislativa dello Stato e delle Regioni posto dall'art. 117, 1° comma, della Costituzione, la cui nuova formulazione operata dall'art. 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, prevede che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti

³⁵ È da segnalare che il procedimento di controllo sull'esecuzione di una sentenza non si conclude se non quando il Comitato dei Ministri ritenga che le misure prese dallo Stato interessato siano efficaci.

³⁶ In proposito v. C. ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 29.

³⁷ Sull'argomento v. F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 3/2007, p. 14; A. SACCUCCI, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno secondo le sentenze della Corte costituzionale sull'art. 117 Cost.: un passo avanti, due indietro?*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 3/2007, p. 26; U. VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 3/2007, p. 46; C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 3/2007, p. 50; F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. eur.*, 3/2008, p. 487; E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 138; G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 136; A. SACCUCCI, *Indennità di esproprio e obblighi internazionali dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 143; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 173; P. IVALDI, *Convenzione europea sui diritti umani e giurisdizioni nazionali*, *ivi*, p. 399.

dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Nelle citate sentenze, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 5 *bis* del d.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992 n. 359, ha dato per la prima volta un'interpretazione dell'art. 117 della Costituzione ed ha chiarito i rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano.

In particolare, per quanto attiene al rango che la Convenzione occupa nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale ha puntualizzato che il limite di cui all'art. 117 della Costituzione non fa sì che le norme della Convenzione (ed in generale le norme che derivano da altri trattati internazionali) acquisiscano rango costituzionale. Tuttavia, il fatto che l'art. 117 imponga che nell'esercizio della potestà legislativa si rispettino gli «obblighi internazionali» fa ritenere, secondo la Corte, che le norme della Convenzione (e, quindi, in generale tutte le norme pattizie) si situino nella gerarchia delle fonti del diritto interno, in una posizione intermedia tra la legge costituzionale e la legge ordinaria. A questo proposito la Corte costituzionale individua una nuova categoria di norme: le c.d. «norme interposte»³⁸. Pertanto, le norme derivanti da trattati internazionali non hanno più lo stesso rango dell'atto interno con cui vengono recepite (di solito la legge ordinaria) con la conseguenza, da una parte, che non ci sono più i rischi che esse possano essere derogate, modificate o abrogate da atti interni successivi e, dall'altra, che – qualora dei contrasti con norme interne dovessero porsi – queste ultime potrebbero essere dichiarate costituzionalmente illegittime per violazione indiretta dell'art. 117, 1° comma, della Costituzione.

La Corte costituzionale si spinge poi oltre nella misura in cui puntualizza che il limite di cui all'art. 117 non si riferisce solo alle norme della Convenzione, ma anche all'interpretazione che di esse ne ha dato la Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo la Corte costituzionale, infatti, qualsiasi norma giuridica vive così come essa viene interpretata dall'operatore giuridico. Nel caso della Convenzione europea, pertanto, non può non tenersi in considera-

³⁸ Al par. 6.2 della sentenza n. 349/2007 si legge: «Non v'è dubbio (...) che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato».

Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli «obblighi internazionali» di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata «norma interposta»; e che è soggetta a sua volta (...) ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione».

zione l'interpretazione che di essa dà l'organo istituzionalmente preposto a tale compito³⁹. Da ciò deriva, inevitabilmente, che dal momento che la prescrizione di cui all'art. 117, 1° comma, Cost. si riferisce anche all'art. 46 della Convenzione europea, lo Stato italiano ha l'obbligo costituzionale di rispettare l'impegno convenzionalmente assunto di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea.

4. L'esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il problema dell'eccessiva durata dei processi

Con riferimento al tema della ragionevole durata del processo, risulta evidente, quindi, che il diritto di cui all'art. 6, par. 1, della Convenzione deve essere tutelato all'interno dell'ordinamento italiano così come esso è stato interpretato dalla Corte europea. Del resto, già la Corte di cassazione si era pronunciata in tal senso nelle sentenze n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341 del 2004⁴⁰.

Tuttavia, bisogna purtroppo rilevare come ancora esistano in questa delicata materia alcuni problemi (non solo di tipo strutturale, ma anche a livello giurisprudenziale) che rendono continuamente attuale il tema della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo in Italia.

Trascorsi ormai otto anni dall'adozione della legge n. 89/2001, meglio nota come legge Pinto, non si può non constatare come il tentativo di porre rimedio alla grave questione della eccessiva durata delle procedure giudiziarie attraverso l'adozione di tale strumento normativo si sia rivelato inadeguato. È noto, infatti, come la misura citata non solo non abbia affatto abbreviato i tempi della giustizia, ma abbia addirittura comportato (soprattutto nella fase iniziale della sua applicazione) un ulteriore contrasto con la Corte europea,

³⁹ Al par. 4.6 della sentenza n. 348/2006 si legge: «La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di avere previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. (...)».

Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ed esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia».

⁴⁰ Sul punto v. M. DE STEFANO, *La Cassazione italiana riconosce integralmente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *www.dirittiuomo.it* (in *Il fisco*, 2004, p. 29); M. L. PADELLETTI, *Le sezioni unite correggono la rotta: verso un'interpretazione della legge Pinto conforme alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 452 ss.; C. ZANGHÌ, *Le Sezioni Unite risolvono il contrasto fra la Cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Luci ed ombre delle recenti sentenze nn. 1338/04, 1339/04, 1340/04 e 1341/04*, in *Riv. coop. giur. int.*, 10, 2004, p. 7 ss.

nella misura in cui i giudici italiani, nel determinare l'equo risarcimento, non si sono attenuti al rispetto dei parametri fissati dai giudici di Strasburgo.

Per quanto concerne questo profilo, un importante traguardo era stato raggiunto con l'emanazione delle citate sentenze della Corte di cassazione del 26 gennaio 2004⁴¹ con le quali si era risolto il contrasto giurisprudenziale tra corti interne e Corte europea riconoscendosi l'obbligo per i giudici interni di attenersi ai criteri stabiliti dai giudici di Strasburgo nella determinazione dell'ammontare del risarcimento.

Bisogna, tuttavia, tristemente rilevare un nuovo orientamento della Corte di cassazione di segno contrario rispetto alle sue precedenti pronunce e ravvisabile nella sentenza n. 14 del 3 gennaio 2008, relativa al caso *Zullo*⁴². In tale pronuncia, infatti, si può riscontrare una posizione non molto chiara della Corte che sta ad indicare come ancora oggi, in materia di diritto alla durata ragionevole del processo, si registrano conflitti giurisprudenziali. Nella sentenza in esame si ritiene che il periodo da prendere in considerazione ai fini del risarcimento del danno per irragionevole durata del processo sia il periodo eccedente il termine ragionevole, discostandosi in tal modo dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo. Sul punto, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo si era già pronunciata nelle dieci sentenze del 10 novembre 2004⁴³ (peraltro menzionate nella sentenza della Corte di cassazione di cui si discute), stabilendo l'ammontare del risarcimento in 1.000-1.500 euro per ogni anno di durata del processo (e non per ogni anno di ritardo). La cifra sale a 2.000 euro quando sono in gioco interessi di particolare rilevanza (controversie in materia di lavoro, di stato civile, di capacità delle persone, di previdenza sociale, salute o vita delle persone)⁴⁴. Da una parte, quindi, è evidente la

⁴¹ Si tratta delle sentenze n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341.

⁴² Per un commento alla sentenza in esame v. S. VEZZANI, *Nuovi orientamenti della Corte di cassazione in tema di riparazione del danno non patrimoniale per durata irragionevole del processo: la sentenza nel caso Zullo*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 800.

⁴³ *Zullo c. Italia* (ric. 64897/01); *Cocchiarella c. Italia* (ric. 64886/01); *Carletti e Bonetti c. Italia* (ric. 62457/01); *Apicella c. Italia* (ric. 64890/01); *Finazzi c. Italia* (ric. 62152/00); *Giuseppina e Orestina Procaccini c. Italia* (ric. 65075/01); *Giuseppe Mostacciolo c. Italia (n. 1)* (ric. 64705/01); *Giuseppe Mostacciolo c. Italia (n. 2)* (ric. 65102/01); *Musci c. Italia* (ric. 64699/01); *Riccardi Pizzati c. Italia* (ric. 62361/00). Su richiesta del Governo italiano nove di tali sentenze sono state rinviate alla Grande Camera che si è pronunciata il 23 marzo 2006.

⁴⁴ Sul punto v. A. G. LANA, *I tempi del processo e l'equa riparazione a quattro anni dall'entrata in vigore della c.d. legge Pinto*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 519 ss., in cui si indicano anche i casi per i quali l'importo può subire delle riduzioni. Infatti, si legge: «Il risultato viene, invece, ridotto in funzione del numero di gradi di giudizio, della condotta del ricorrente (e in particolare del numero di mesi o anni dovuti a ingiustificati rinvii di cui il ricorrente è responsabile), dell'oggetto della controversia (ad esempio, quando si tratti di controversie di scarso valore economico), e degli standard di vita nello Stato interessato, nonché nel caso in cui il ricorrente abbia partecipato soltanto brevemente al processo in qualità di erede».

Inoltre, secondo la Corte, la somma così calcolata può essere ulteriormente ridotta allorché il ricorrente abbia ottenuto una constatazione di violazione e una riparazione pecuniaria (evidentemente, di per sé, insufficiente) da parte delle autorità nazionali attraverso i rimedi previsti

divergenza tra le due corti con riferimento al periodo da prendere in considerazione, dall'altra, invece, si registra una perfetta convergenza per quanto concerne l'entità del risarcimento. Per la nostra Corte di cassazione, infatti, solo sotto quest'ultimo profilo, valgono i criteri stabiliti dalla Corte europea.

Il ragionamento seguito dai giudici della Corte di cassazione si fonda sulla interpretazione letterale dell'art. 2, comma 3, lett. *a*. della legge n. 89/2001, in cui si dispone che nel determinare l'entità del risarcimento «rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole di cui al comma 1». Secondo la Corte, quindi, il giudice *a quo* avrebbe correttamente applicato la legge dello Stato «non potendo darsi alla giurisprudenza della CEDU (...) diretta applicazione nell'ordinamento giuridico italiano (...), avendo la Corte Costituzionale chiarito, con le citate sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, che la Convenzione EDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti».

Del valore delle norme della Convenzione europea alla luce delle nuove posizioni della Corte costituzionale si è già detto. Occorre qui rilevare come ancora una volta le massime istanze giurisdizionali del nostro ordinamento seguano orientamenti non sempre pienamente convergenti quando si tratta di interpretare il contenuto e la portata delle norme internazionali⁴⁵.

Ovviamente questo tipo di atteggiamento non fa altro che creare ulteriore confusione in una materia che, essendo ancora destinata ad essere oggetto di esame da parte dei giudici interni, meriterebbe una maggiore chiarezza⁴⁶.

5. Luci e ombre nella nuova normativa italiana

In esecuzione dell'obbligo imposto dalla legge n. 12/2006 il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Mini-

dall'ordinamento interno, giacché tali rimedi, a prescindere dalla loro piena conformità con il principio di sussidiarietà, sono più vicini e accessibili rispetto a quello offerto dalla Convenzione europea, sono più celeri e si esercitano nella lingua del ricorrente, offrendo così "vantaggi che devono essere tenuti in considerazione"».

⁴⁵ A tale proposito in S. VEZZANI, *Nuovi orientamenti della Corte di cassazione in tema di ripara-zione del danno non patrimoniale per durata irragionevole del processo: la sentenza nel caso Zullo*, cit. *supra*, nota 42, p. 802 si legge: «Le conclusioni cui è pervenuta la Corte di cassazione lasciano perplessi perché si pongono in contraddizione con la giurisprudenza della Corte europea. L'obbligo gravante sui giudici italiani di rimettere alla Corte costituzionale tutte le questioni di compatibilità di una legge con l'art. 117 Cost. (...) non fa venire meno il dovere di ciascun operatore giuridico di sforzarsi per comporre in via interpretativa gli apparenti contrasti fra la legge in questione e il contenuto di un trattato vincolante per l'Italia».

⁴⁶ È stato sottolineato, inoltre, che «il giudice di legittimità ha avuto modo di ribadire a più riprese la propria convinzione in ordine all'esattezza del criterio di calcolo delineato nella sentenza Zullo (cfr. in particolare la sentenza (sez. I civ.) 7 gennaio 2008 n. 31 e la sentenza (sez. I civ.) 3 aprile 2008 n. 8521)», in S. VEZZANI, *Nuovi orientamenti della Corte di cassazione in tema di ripara-zione del danno non patrimoniale per durata irragionevole del processo: la sentenza nel caso Zullo*, cit. *supra*, nota 42, p. 805.

stri ha elaborato le prime due relazioni e le ha presentate al Parlamento nel 2007 (relativa all'anno 2006) e nel 2008 (relativa all'anno 2007).

Dall'analisi di questi due documenti si possono evincere alcuni elementi importanti. Innanzitutto, occorre segnalare che si tratta di strumenti che, seppur privi di quella incisività necessaria per dare esecuzione immediata alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, presentano l'indubbio vantaggio di creare un raccordo tra Governo e Parlamento in una materia così delicata come è quella dell'osservanza degli obblighi internazionali. Altro importante fattore da tenere in considerazione riguarda il fatto che le relazioni, essendo molto dettagliate nel loro contenuto, rappresentano un valido supporto ricostruttivo e descrittivo per l'organo legislativo nel caso in cui in alcune materie sia necessario un suo intervento. Infine, occorre rilevare l'importanza che nelle relazioni citate assumono le segnalazioni di quei settori in cui occorre intervenire per garantire la piena esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo. Sotto quest'ultimo profilo viene in rilievo, per esempio, il problema dell'irragionevole durata del processo, essendo questo un settore in cui l'Italia non è riuscita ad apportare i rimedi necessari per evitare nuove condanne. La legge n. 89/2001, infatti, essendo uno strumento che cura solo l'aspetto risarcitorio, non è sufficiente a rispondere alle richieste di revisione strutturale del settore dell'amministrazione della giustizia, come è stato ampiamente ripetuto non solo nelle sentenze della Corte europea, ma anche nelle numerose risoluzioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, organo incaricato di vigilare sull'esecuzione delle sentenze.

La nuova normativa italiana, pertanto, se da una parte risponde alle esigenze manifestate dagli organi del Consiglio d'Europa affinché i Governi nazionali si impegnino maggiormente nel favorire l'esecuzione delle sentenze della Corte europea, dall'altra, non ha portata risolutiva.

Sotto il primo profilo occorre segnalare che già le risoluzioni dell'Assemblea parlamentare n. 1684 (2004) e n. 1411 (2004) contenevano un chiaro invito agli Stati membri affinché promuovessero iniziative nazionali volte all'adozione di strumenti necessari per conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo. Inoltre, la legge n. 12 del 2006 ed il successivo decreto di attuazione del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° febbraio 2007 anticipano quanto disposto nella «Raccomandazione del Comitato dei Ministri sui rimedi di diritto interno per la rapida esecuzione delle decisioni della Corte» CM/Rec (2008)⁴⁷, in cui si chiede agli Stati membri di individuare un organo competente a coordinare tutte le attività utili per dare esecuzione alle sentenze della Corte, mantenere i rapporti con gli altri organi istituzionali interessati ed adottare i provvedimenti necessari.

Per quanto riguarda, invece, la mancanza di incisività nel risolvere sia il

⁴⁷ Adottata dal Comitato dei Ministri il 6 febbraio 2008.

generale problema della mancata esecuzione delle sentenze della Corte europea sia le particolari questioni oggetto di ripetute condanne, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella risoluzione interinale ResDH (2007)2 del 14 febbraio 2007 pur valutando positivamente l'approvazione da parte del Parlamento italiano della legge n. 12 del 9 gennaio 2006 ha ritenuto che l'adozione di tale provvedimento riguardi solo un aspetto particolare del problema più generale della durata dei processi ed ha ancora una volta formulato un appello affinché le autorità italiane mantengano il loro impegno politico a risolvere il problema della durata eccessiva dei procedimenti giudiziari. Tale posizione è stata, da ultimo, ribadita nella relazione del Comitato dei Ministri del 2007⁴⁸.

Nelle citate relazioni governative, d'altra parte, si riconosce che il rimedio cui si era fatto ricorso con l'adozione della legge Pinto non ha prodotto risultati ed ha rappresentato solo uno strumento di tipo risarcitorio che, addirittura, ha prodotto effetti assolutamente negativi nella misura in cui ha notevolmente incrementato il carico di lavoro delle Corti d'appello e non ha adeguatamente risposto alle esigenze di tutela dei singoli secondo gli *standard* della Corte europea per quanto concerne l'ammontare del risarcimento⁴⁹. In materia di diritto alla ragionevole durata del processo, pertanto, bisogna continuare a rilevare che l'adozione di singole misure, sebbene di grande importanza per gli obiettivi che si prefiggono, non può portare alla risoluzione di problemi per i quali, invece, si rende necessario un intervento globale capace di incidere su tutti gli aspetti dell'amministrazione della giustizia.

Del resto, ad analoghe conclusioni si giunge se si valutano gli effetti delle nuove disposizioni normative con riferimento al generale tema dell'esecuzione e non solo con riguardo a singole questioni oggetto di ripetute condanne. Innanzitutto, volendosi fare una considerazione di ordine preliminare, occorre segnalare l'inefficacia di qualsiasi iniziativa normativa (anche la più opportuna e meritoria) che non sia accompagnata da un preciso e quanto più possibile uniforme orientamento giurisprudenziale. Ancora una volta, quindi, occorre segnalare l'importanza assunta dall'operato dei giudici interni per una corretta applicazione del diritto internazionale. Se i giudici interni, nell'elaborare le loro decisioni, tenessero conto (come in effetti sono obbligati a fare) delle decisioni assunte dai giudici di Strasburgo, l'esecuzione delle sentenze della

⁴⁸ "Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights", 1st annual report, in www.coe.int/t/e/human_rights/execution/CM_annreport2007_en.pdf. È stato inoltre pubblicato il rapporto 2008. "Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights", 2nd annual report, in www.coe.int/t/e/human_rights/execution/CM_annreport2008_en.pdf.

⁴⁹ Sotto questo profilo si pensi che ancora il 5 giugno 2007 nella sentenza relativa al caso *Delle Cave e Corrado c. Italia*, la Corte europea così si pronunciava: «le montant accordé, combiné avec un paiement tardif, ne permettait pas de regarder le redressement offert en l'occurrence comme suffisant (...). Partant, il y a eu violation de l'article 6, par. 1».

Corte europea dei diritti dell'uomo sarebbe sempre e costantemente assicurata. Purtroppo, però, alla luce di quanto precedentemente esposto, è evidente che tale risultato non è sempre pienamente realizzato.

D'altra parte, occorre rilevare che anche i rimedi adottati dall'ordinamento italiano, che nella Relazione del 2007 (riferita all'anno 2006) sono indicati nella parte intitolata «Gli adattamenti dell'ordinamento italiano» e che, in particolare, vengono individuati nella riforma degli artt. 111 e 117 della Costituzione e nella legge n. 89/2001 (legge Pinto) non si sono rivelati risolutivi.

Nella stessa Relazione sono, invece, segnalati altri strumenti più "mirati". A tale proposito viene in rilievo, innanzitutto, l'iniziativa dei Presidenti di Camera e Senato⁵⁰ volta a riconoscere un ruolo specifico nei procedimenti parlamentari alla Delegazione italiana presso l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in materia di esecuzione delle sentenze della Corte europea e a contemplare l'inserimento, nella fase di formazione delle norme, della valutazione della compatibilità convenzionale individuando all'interno dei progetti di legge assegnati alle Commissioni parlamentari permanenti quelle che sono le norme "sensibili" per il rispetto degli obblighi internazionali in materia. Si registra, inoltre, un'attività congiunta tra Governo e Parlamento nell'aggiornamento del Centro elettronico di documentazione della Corte di cassazione e della Corte costituzionale al fine di favorire la consultazione dell'intera giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

È chiaro, quindi, che solo interventi concreti possono garantire un pieno rispetto degli obblighi internazionali ed è in questo tipo di interventi che si può avere fiducia e con riferimento ad essi è possibile esprimere un giudizio positivo. Per quanto riguarda, invece, la legge n. 12/2006, per usare un'espressione utilizzata nella stessa citata Relazione del 2007, si può solo rilevare il suo «importante valore simbolico». Si tratta, quindi, come già detto, di uno strumento molto valido nella misura in cui garantisce un raccordo tra Governo e Parlamento e ricostruisce lo stato dell'intera materia dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma non ha certamente portata risolutiva.

Non resta che concludere che la corretta e puntuale esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo necessita, da una parte, di un diverso approccio giurisprudenziale dei giudici interni che sia più armonico e coerente e, dall'altra, di strumenti precisi capaci di prevenire eventuali contrasti fra normativa interna ed obblighi internazionali.

Francesca Perrini*

⁵⁰ Ravvisabile nelle lettere del Presidente della Camera datate 30 novembre 2005 e 30 giugno 2006 e del Presidente del Senato del 1° dicembre 2005.

* Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Messina.

CONTRASTO AL TRAFFICO DI MIGRANTI: IN VIGORE DAL 2008 L'ACCORDO DI COOPERAZIONE ITALIA-ALGERIA

Accordo di cooperazione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica algerina democratica e popolare in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope e all'immigrazione illegale*

Il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica Algerina Democratica e Popolare, di seguito denominati «Parti Contraenti»:

- considerati gli storici legami di amicizia esistenti fra l'Italia e l'Algeria e persuasi della necessità di rinsaldarli su basi durevoli e nel rispetto degli interessi delle due Parti Contraenti;
 - vivamente preoccupati dalla minaccia del terrorismo e della criminalità organizzata internazionale per la sicurezza e la stabilità;
 - persuasi della necessità di promuovere una cooperazione per lottare efficacemente contro tali fenomeni;
 - nel rispetto delle convenzioni internazionali sottoscritte dai due Paesi nel settore della lotta alla criminalità organizzata in tutte le sue forme;
- hanno convenuto quanto segue:

Articolo 1

Le Parti Contraenti, nel rispetto delle legislazioni nazionali, concordano di sviluppare la cooperazione in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope e all'immigrazione illegale secondo le modalità qui di seguito indicate:

A. Lotta al terrorismo

1. Scambio di informazioni sulle tecniche, sul *modus operandi* delle organizzazioni terroristiche, sulle loro basi e sui reati da queste commessi anche per finalità di supporto logistico e finanziario.

* L'accordo bilaterale, firmato ad Algeri il 22 novembre 1999 ed entrato in vigore il 28 gennaio 2008, è stato pubblicato in *Guri* n. 118 del 10 maggio 2008, *suppl. ord. (n.d.r.)*. In argomento v. *infra*, p. 357 ss., la nota di GIUSEPPE LICASTRO.

2. cooperazione di polizia estesa all'identificazione ed alla ricerca di persone responsabili di fatti delittuosi previsti dalle legislazioni nazionali dei due Paesi, ferma restando la collaborazione in ambito Interpol.

3. Scambio di informazioni e di esperienze sui metodi e le tecniche utilizzate ai fini della prevenzione e della lotta al terrorismo.

B. Lotta alla criminalità organizzata internazionale

1. Scambio di informazioni sulle organizzazioni criminali internazionali, i loro membri, i metodi, i mezzi e le attività illecite connesse in tale ambito.

2. Scambio di informazioni sulle organizzazioni dedite al traffico di armi ed esplosivi.

3. Scambio di informazioni e di esperienze sui metodi e le tecniche utilizzate nella lotta alla criminalità organizzata internazionale.

(Omissis)

D. Lotta all'immigrazione illegale

1. Scambio di informazioni sui flussi di immigrazione illegale, nonché sulle organizzazioni criminali che la favoriscono, sui modus operandi e sugli itinerari seguiti.

2. Reciproca assistenza e cooperazione nella lotta contro l'immigrazione illegale.

(Omissis)

L'ACCORDO DI COOPERAZIONE ITALIA-ALGERIA PER CONTRASTARE L'IMMIGRAZIONE ILLEGALE

Il testo dell'Accordo bilaterale Italia-Algeria, siglato ad Algeri il 22 novembre 1999 (in vigore dal 28 gennaio 2008)¹, prevede alcune disposizioni specificamente tese a «sviluppare» una *cooperazione* al fine di contrastare efficacemente il fenomeno dell'immigrazione illegale (art. 1). Più in particolare, l'art. 1, lett. *d.*, contempla l'attuazione di alcune "misure" allo scopo di contrastare appunto tale fenomeno, ossia:

- lo «scambio di informazioni» particolarmente significative che riguardano sia i «flussi di immigrazione illegale» sia le «organizzazioni criminali che la favoriscono» nonché i metodi utilizzati, i percorsi seguiti (art. 1, lett. *d.*, par. 1);

- la collaborazione e l'assistenza «reciproca» (art. 1, lett. *d.*, par. 2). Tuttavia, occorre precisare che il testo dell'Accordo contempla, secondo la disciplina di cui all'art. 7, la possibilità di «respingere la richiesta» di collaborazione o assistenza.

L'Accordo però prevede, nel quadro delle disposizioni dedicate al contrasto alla «criminalità organizzata internazionale», ulteriori "misure" che, *congiuntamente* al contenuto delle disposizioni contemplate all'art. 1, lett. *d.*, par. 1 (specificamente: lo «scambio di informazioni» concernenti i «flussi di immigrazione illegale», le «organizzazioni criminali che la favoriscono», i metodi utilizzati) e alla lett. *d.*, par. 2 del citato articolo, appaiono significative per contrastare efficacemente il fenomeno dei c.d. «traffickanti» di migranti², vale

¹ Cfr. *Accordo di cooperazione tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica Algerina Democratica e Popolare in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope e all'immigrazione illegale*, in *Guri* n. 118 del 10 maggio 2008, *suppl. ord.*, p. 113-118.

² Sul punto cfr. in particolare V. DELICATO, *Il contrasto al traffico di migranti negli accordi bilaterali conclusi dall'Italia*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 167-168. Per un'analisi degli strumenti contemplati dal diritto internazionale e comunitario per contrastare il «traffico di migranti» v. rispettivamente: G. PALMISANO, *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, *ivi*, p. 53-80; E. SPATAFORA, *Il contrasto al traffico di migranti nel contesto giuridico internazionale e comunitario*, *ivi*, p. 13-22. Riguardo il *Protocollo sul traffico di migranti*

a dire: lo «scambio di informazioni» concernenti sia le organizzazioni criminali, «i loro membri (...), i mezzi e le attività illecite connesse in tale ambito» (art. 1, lett. b., par. 1) sia i «metodi e le tecniche utilizzate nella lotta alla criminalità organizzata internazionale» (art. 1, lett. b., par. 3). Appare inoltre molto importante evidenziare che l'art. 4 dell'Accordo prevede l'impegno delle «parti contraenti» a «superare tutti gli ostacoli» al fine di assicurare la collaborazione e l'assistenza per fronteggiare le organizzazioni criminali.

Il testo dell'Accordo contempla all'art. 5 anche la possibilità di effettuare (periodicamente) delle consultazioni al fine di sviluppare ulteriormente la cooperazione o «superare ostacoli che richiedano intese di alto livello» nonché «verificare l'attività svolta congiuntamente e per individuare gli obiettivi da raggiungere». Tale articolo consente quindi di incrementare ulteriormente la *cooperazione* tra le «parti contraenti» mediante l'adozione di "misure" destinate a realizzare determinate finalità dell'accordo, ad esempio: stipulare un'intesa per fronteggiare il (preoccupante) fenomeno del traffico di migranti per via marittima³, nel pieno rispetto però delle diverse disposizioni contemplate in materia di salvaguardia della vita umana in mare⁴.

Giuseppe Licastro*

(allegato alla *Convenzione delle N.U. contro la criminalità organizzata transnazionale*) v. anche V. DELICATO, *Il Protocollo sul traffico di migranti*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo, (Le monografie di Diritto penale e processo)*, Milano, Ipsoa, 2007, p. 395-415.

³ Cfr. l'interessante studio di P. MONZINI, *Il traffico di migranti per mare verso l'Italia. Sviluppi recenti (2004-2008)*, CeSPI W.P. 43/2008, p. 39-40, consultabile in: <http://www.cespi.it/WP/WP43-Traffico-Monzini.pdf>.

⁴ Sul tema cfr. in particolare M. CARTA, *Misure di contrasto al traffico di migranti via mare*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico*, loc. cit., nota 2, p. 83-88.

* Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria.

DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI E COMMERCIO INTERNAZIONALE

Dichiarazione dell'ILO sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta, adottata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro in occasione della sua novantasettesima sessione - Ginevra, 10 giugno 2008*

(Omissis)

I. Portata e principi

La Conferenza riconosce e dichiara che:

A. In un contesto in rapido mutamento, l'impegno e gli sforzi dei Membri e dell'Organizzazione per dare attuazione al mandato costituzionale dell'ILO, anche attraverso le norme internazionali del lavoro, e porre la piena occupazione produttiva e il lavoro dignitoso al centro delle politiche economiche e sociali, devono basarsi sui quattro obiettivi strategici dell'ILO, tutti di pari importanza, attorno ai quali si articola l'Agenda del lavoro dignitoso e che possono essere così sintetizzati:

i. promuovere l'occupazione tramite la creazione di un contesto istituzionale ed economico sostenibile nell'ambito del quale:

- gli individui possano sviluppare e aggiornare le capacità e le competenze necessarie che gli consentano di avere un'occupazione produttiva per il loro sviluppo personale e il benessere comune;

- tutte le imprese, pubbliche o private, siano sostenibili, così da garantire la crescita e la creazione di maggiori opportunità e prospettive di lavoro e di reddito per tutti;

- le società possano raggiungere i propri obiettivi di sviluppo economico, buona qualità della vita e progresso sociale;

ii. sviluppare e potenziare strumenti di protezione sociale – sicurezza sociale e protezione dei lavoratori – che siano sostenibili e adeguati al contesto nazionale, ivi compresi:

- l'estensione della sicurezza sociale a tutti, incluse le misure volte a garantire un reddito minimo a chiunque abbia bisogno di una tale protezione, e l'adeguamento del suo campo di applicazione e della sua portata per rispondere ai nuovi bisogni e alle incertezze determinate dal rapido mutare delle tecnologie, della società, degli assetti demografici e dell'economia;

* Il testo integrale della Dichiarazione, sopra riportato, è reperibile sul sito internet http://www.ilo.org/global/What_we_do/Publications/Officialdocuments/lang--en/docName--WCMS_099766/index.htm (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 361 ss., il contributo di ANNALISA GIANSAITI.

- condizioni di lavoro che preservino la salute e la sicurezza dei lavoratori;
- la possibilità per tutti di godere in modo equo dei vantaggi del progresso in materia di salari e redditi, durata del lavoro e altre condizioni di lavoro, un salario minimo di sussistenza per tutti i lavoratori e per coloro che necessitano di tale protezione*;

iii. promuovere il dialogo sociale e il tripartitismo come strumenti più adeguati per:

- adattare l'attuazione degli obiettivi strategici alle esigenze e alle circostanze di ciascun paese;

- tradurre lo sviluppo economico in progresso sociale, e il progresso sociale in sviluppo economico;

- facilitare la costruzione del consenso sulle politiche nazionali e internazionali che hanno un impatto sulle strategie e sui programmi per l'occupazione e il lavoro dignitoso;

- rendere efficaci la normativa e le istituzioni del lavoro, in particolare rispetto al riconoscimento del rapporto di lavoro, alla promozione di buone relazioni industriali e alla creazione di sistemi efficaci di ispezione del lavoro;

iv. rispettare, promuovere e attuare i principi e i diritti fondamentali nel lavoro, che rivestono particolare importanza come diritti e come condizioni necessarie alla piena realizzazione di tutti gli obiettivi strategici, a partire dalla considerazione:

- che la libertà di associazione e l'effettivo riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva sono particolarmente rilevanti per il raggiungimento dei quattro obiettivi strategici;

- che la violazione dei principi e dei diritti fondamentali nel lavoro non può essere né invocata né utilizzata come un vantaggio comparato legittimo e che le norme internazionali del lavoro non dovrebbero essere utilizzate a fini di protezionismo commerciale.

B. I quattro obiettivi strategici sono inseparabili, interconnessi e si sostengono a vicenda. Il mancato raggiungimento di uno di essi pregiudicherà la realizzazione degli altri. Per avere un impatto ottimale, gli sforzi compiuti per promuoverli dovrebbero essere parte di una strategia dell'ILO globale e integrata a favore del lavoro dignitoso. La parità di genere e la non discriminazione vanno considerati quali tematiche trasversali a tutti gli obiettivi strategici summenzionati.

C. Spetta ai Membri stabilire come raggiungere gli obiettivi strategici, nel rispetto dei propri obblighi internazionali e dei principi e dei diritti fondamentali nel lavoro, nonché tenendo in dovuta considerazione, tra gli altri aspetti:

i. le condizioni e le circostanze nazionali, come anche le esigenze e le priorità espresse dalle organizzazioni rappresentative degli imprenditori e dei lavoratori;

ii. l'interdipendenza, la solidarietà e la cooperazione tra tutti i Membri dell'ILO, caratteristiche più che mai pertinenti nel contesto dell'economia globale;

iii. i principi e le disposizioni previste dalle norme internazionali del lavoro.

(Omissis)

* NdR: Questo passaggio è stato redatto accordando per ciascuna lingua priorità alla concordanza con la relativa versione ufficiale dell'art. III.d. della Dichiarazione di Filadelfia, adottata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro nel 1944.

GLI STRUMENTI UTILIZZABILI NEL SISTEMA OMC PER CONTRASTARE IL FENOMENO DEL *DUMPING SOCIALE*

Sommario: 1. *Riflessioni introduttive in tema di dumping sociale* - 2. *Il mancato inserimento di una clausola sociale nell'Accordo istitutivo dell'OMC* - 3. *L'impossibilità di ricorrere al divieto di sovvenzioni alle esportazioni ex art. XVI GATT per sanzionare pratiche di dumping sociale* - 4. *L'inapplicabilità della clausola generale di salvaguardia del GATT (art. XIX) per contrastare il dumping sociale* - 5. *Il possibile ricorso alle eccezioni generali ex art. XX GATT per giustificare misure restrittive del commercio miranti a tutelare i diritti dei lavoratori e dell'infanzia* - 6. *Il ricorso alla giurisprudenza ambientale GATT/OMC per giustificare l'applicazione dell'art. XX alle misure di promozione dei diritti sociali fondamentali.*

1. Riflessioni introduttive in tema di *dumping sociale*

L'attuale configurazione delle relazioni commerciali internazionali appare ben lontana dall'aver elaborato una soluzione al problema del *dumping sociale*, inteso come pratica commerciale scorretta, consistente nella vendita sul mercato estero di prodotti il cui prezzo risulta più basso di quello della merce nazionale simile, in ragione dei minori costi sociali affrontati dall'impresa esportatrice rispetto ai concorrenti stranieri gravati da più stringenti *standard* di tutela dei lavoratori¹.

Ad oggi, questa particolare forma di *dumping* non dispone di autonoma disciplina negli accordi che regolano gli scambi commerciali multilaterali, né sembra si possa ricorrere all'ausilio dell'art. VI del GATT, che pure vieta una fattispecie analoga. Ai sensi di questa disposizione, il *dumping* consiste nella vendita sul mercato estero di un prodotto ad un prezzo inferiore al suo valore normale, cioè inferiore al prezzo praticato nel suo mercato di origine o, comunque, insufficiente a coprire i costi di produzione. Si tratta di una pratica

¹ In materia di *dumping sociale* si veda, *inter alia*, LUNATI, *Liberalizzazione degli scambi internazionali e costo del lavoro: esiste il dumping sociale?*, in SACERDOTI - VENTURINI (a cura di), *La liberalizzazione multilaterale dei servizi e i suoi riflessi per l'Italia*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 165 ss.

commerciale sleale che, utilizzata principalmente per acquisire o mantenere quote di mercati esteri, finisce per provocare distorsioni degli scambi internazionali e perturbazioni nel mercato di importazione. Il potenziale dannoso insito in questo strumento può essere neutralizzato dal Paese importatore attraverso l'imposizione di dazi *antidumping*, il cui ammontare equivale alla differenza tra il prezzo del prodotto sul mercato di importazione e il suo valore normale².

Al contrario, il profilo sociale del *dumping* non si concreta solo in una divergenza relativa ai prezzi praticati su uno stesso prodotto, ma si traduce in costi di produzione inferiori, determinati da violazioni degli *standard* di tutela dei lavoratori. Di conseguenza, se il prezzo del bene in entrambi i mercati riflette correttamente i costi di produzione, non si avrà *dumping*³.

A ben vedere, non sembra esservi alcun rapporto tra la definizione tecnica di *dumping* offerta dal GATT e il *dumping sociale*, sebbene quest'ultimo abbia costituito oggetto di considerazione nel corso dei negoziati del GATT '47. In quella sede, le Parti convennero infatti sull'esistenza di quattro tipi di *dumping*, relativi al prezzo, ai servizi, agli scambi e anche alla dimensione sociale della produzione. Quest'ultima venne però considerata dai negoziatori «very difficult to define»⁴, cosicché si optò infine a favore della illustrata definizione ristretta di *dumping*, relativa ai prezzi, e si evitò di annoverare i lavoratori e le loro rappresentanze sindacali tra i soggetti interessati e perciò abilitati, secondo le regole di *standing*, a proporre innanzi alle autorità nazionali competenti l'azione volta ad attivare le procedure *antidumping*⁵.

² Cfr. GATT '94, art. VI, par. 2.

³ Cfr. DIDIER, *Le code anti-dumping du Cicle de l'Uruguay: impact dans la Communauté*, in *Cah. dr. eur.*, 1994, p. 324; GOLDMAN - LYON CAEN - VOGEL, *Droit commercial européen*, Paris, Dalloz-Sirey, 1994, p. 343, nota 1; COMBA, *Il neoliberalismo internazionale. Struttura giuridica a dimensione mondiale dagli Accordi di Bretton Woods*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 117; STRANKS, *Globalization, Trade Liberalization, and Some Implications for Canadian Labour Policy*, n. 94, 2002; MANDRINO - GRANZIERA, *Gli accordi commerciali multilaterali e settoriali*, in COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 121 ss.

⁴ V. *Sixth Meeting 1946*, in STEWARD (ed.), *Antidumping*, in *The GATT, Uruguay Round. A Negotiating History (1986-1992)*, Commentary, vol. II, Deventer - Boston, 1993, p. 1406. Tra le definizioni di *dumping sociale* fornite dai sostenitori delle sanzioni commerciali quale utile strumento per rafforzare la tutela dei diritti dei lavoratori, è particolarmente chiara quella fornita da ROBINSON: «Social dumping occurs where the labour costs of production are held below the levels that they would obtain in a regime of free and democratic unions and basic workers rights, owing to acts of corporate and/or government commission (e.g. repression of labour unions or workers rights) or government omission (e.g. failure to pass or enforce basic worker rights and labour standards). Like other forms of dumping, social dumping means that goods are sold at below their real costs, that are inadequately reflected in the sales price of the product». Cfr. ROBINSON, *The NAFTA Labour Accord in Canada: Experience, Prospects and Alternatives*, in *CJIL*, n. 2, 1995, p. 475 ss.

⁵ Cfr. STEWARD (ed.), *Antidumping*, cit. supra, nota 4, p. 1407. Nel corso dei negoziati, la proposta avanzata dalla delegazione cubana di sanzionare il *dumping*, «whether practiced through the mechanism of price, freight rates, currency depreciation, sweated labour, or by any other means», incontrò l'opposizione dei delegati statunitensi e canadesi. Cfr. *Secretariat Note on Article 17. (Anti-Dumping and Countervailing Duties)*, GATT Doc. E/PC/T/W/97 (1947); *Working Party on Technical Articles*, GATT Doc. E/PC/WP.1/SR/8, art. 4 (1947).

L'ambizione che il *social dumping* possa essere ricompreso nell'ambito di applicazione dell'art. VI del GATT è poi ulteriormente contraddetta dallo stesso *Agreement on Implementation of Article VI of GATT 1994* dove, nello stabilire i criteri in base ai quali deve essere condotta l'inchiesta diretta ad accertare le circostanze che legittimano l'imposizione di dazi *antidumping*, si riserva un trattamento di riguardo alla «*special situation*» dei Paesi in via di sviluppo (art. 15)⁶. Bene si comprende, dunque, come tale clausola possa essere facilmente invocata per giustificare, sulla base delle peculiarità di ogni sistema economico e sociale, i deteriori livelli di protezione dei lavoratori e dell'infanzia diffusi in alcuni Paesi.

2. Il mancato inserimento di una clausola sociale nell'Accordo istitutivo dell'OMC

Gli Stati economicamente più progrediti hanno avanzato varie soluzioni al problema del *dumping sociale*, tra le quali spicca l'inserimento negli Accordi OMC di una clausola sociale⁷.

Con tale espressione si fa riferimento ad una norma relativa ai diritti sociali fondamentali che gli Stati, e conseguentemente le imprese, sono tenuti a rispettare. Tale clausola può articolarsi diversamente, concedendo preferenze

⁶ L'*Agreement on Implementation of Article VI of GATT 1994* forma parte integrante dell'Allegato 1A dell'Accordo istitutivo dell'OMC.

⁷ Diversamente dal sistema OMC, altri trattati di natura commerciale contemplano una clausola sociale. Nell'ambito del NAFTA (Accordo istitutivo dell'Associazione Nord Americana di libero scambio), ad esempio, è stato concluso il *North American Agreement on Labour Cooperation* (NAALC), entrato in vigore insieme al NAFTA il 1° gennaio 1994. Il preambolo di questo accordo sottolinea la necessità di creare nuove opportunità di lavoro e di perseguire il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro. L'Accordo fissa, almeno in via di principio, degli *standard* minimi e statuisce l'impegno degli Stati parti a promuovere undici principi fondamentali: 1. la libertà di associazione e la protezione del diritto di organizzarsi; 2. il diritto di contrattazione collettiva; 3. il diritto di sciopero; 4. il divieto di lavoro forzato; 5. la protezione del lavoro dei bambini e dei giovani; 6. la previsione di condizioni minime di lavoro; 7. l'eliminazione di forme di discriminazione sul lavoro; 8. la parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici; 9. la prevenzione degli infortuni e delle malattie da lavoro; 10. il diritto al risarcimento nei casi di infortunio e malattia sul lavoro; 11. la protezione dei lavoratori migranti. Nel perseguimento dei suoi obiettivi, il NAALC ha scelto di adottare il principio del rafforzamento della legislazione nazionale, in alternativa all'adozione di regole sociali uniformi nei tre Stati membri. In particolare, il NAALC si muove nell'ottica del consolidamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di lavoro. In altri termini, gli Stati che hanno ratificato tale accordo hanno l'obbligo di non modificare in senso peggiore la loro legislazione relativa ad alcuni diritti dei lavoratori. L'Accordo in esame si prefigge di assicurare che ogni Stato parte rispetti quanto in esso stabilito, attraverso la predisposizione di forme di consultazione fra gli Stati per risolvere eventuali problemi, o che esso abbia la possibilità di rimettere la questione a comitati di esperti indipendenti. In certi casi, inoltre, le Parti contraenti possono predisporre una procedura che consente a ciascuna di esse di denunciare le violazioni del trattato commesse dalle altre Parti. Per la dottrina che si è occupata del NAALC, si rimanda per tutti ai contributi di HOUSMAN, *The Treatment of Labour and Environmental Issues in Future Western Hemisphere Trade Liberalization Efforts*, in *CJIL*, n. 2, 1995, p. 301 ss.; ROBINSON, *The NAFTA Labour Accord in Canada*, cit. *supra*, nota 4, p. 475 ss.; ADAM - SINGH, *Early Experience with NAFTA's Labour Side Accord*, in *CLLJ*, n. 4, 1997, p. 161 ss.

tariffarie aggiuntive agli Stati che dimostrino di conformarsi ai diritti sociali fondamentali internazionalmente riconosciuti, negando agevolazioni o restringendo le importazioni di chi violi tali diritti o, ancora, imponendo ad ogni Stato di dotarsi di una apposita legislazione a tutela del lavoro e dell'infanzia⁸.

Le vicende intervenute negli ultimi anni hanno tuttavia dimostrato come l'Organizzazione mondiale del commercio abbia avuto la tendenza a stabilire una sorta di "cordone sanitario" attorno alla materia oggetto di esame⁹. Sin dai negoziati dell'Uruguay Round, la proposta avanzata da Stati Uniti, Francia e Commissione europea, di orientare la costituenda Organizzazione mondiale del commercio verso una "concezione sociale" degli scambi internazionali, ha

⁸ La proposta di introdurre una clausola sociale negli accordi commerciali internazionali ha costituito oggetto di ampia trattazione da parte della dottrina sia italiana che straniera. Sul punto si rimanda a SERVAIS, *La clause sociale dans les traités de commerce: prétention irréaliste ou instrument de progrès social?*, in *RIT*, n. 2, 1989, p. 469; VAN LIEMET, *Normes minimales du travail et commerce international: une clause sociale serait-elle opérante?*, *ivi*, p. 476 ss.; ARRIGO, *Sull'inserimento di una "clausola sociale" negli Accordi commerciali internazionali*, in *RIDL*, n. 1, 1994, p. 389 ss.; BRANDT - HOFFMAN, *Débat sur l'introduction d'une clause sociale dans le système commercial international: quels enjeux?*, in *PE*, n. 11, 1994, p. 5 ss.; FABRIS, *Diritti sociali e regole di mercato*, in *LG*, n. 3, 1996, p. 628 ss.; KOTRANE, *La clause sociale, vue d'en bas*, in *BDCTSS*, 1996, p. 142; ROBERT, *Enjeux et ambiguïtés du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international*, in *RBDI*, n. 1, 1996, p. 145 ss.; SCHERRER, *Economic and Political Arguments for and against Social Clauses*, in *Intereconomics*, n. 1, 1996, p. 9 ss.; STIRLING, *The Use of Trade Sanctions as an Enforcement Mechanism for Basic Human Rights: a Proposal for Addition to the World Trade Organization*, in *AUJILP*, n. 11, 1996, p. 1 ss.; TAYLOR, *Linkage and Rule Making Article: Observations on Trade and Investments and Trade and Labour*, in *JIEL*, n. 3, 1998, p. 568 ss.; VELLANO, *Le plein emploi et la clause sociale dans le cadre de l'OMC*, in *RGDIP*, n. 4, 1998, p. 879 ss.; BLACKETT, *Whither Social Clause? Human Rights, Trade Theory and Treaty Interpretation*, in *CHRLR*, n. 3, 1999, p. 1 ss.; CULLEN, *The Limits of International Trade Mechanism in Enforcing Human Rights: the Case of Child Labour*, in *IJCR*, n. 7, 1999, p. 1 ss.; PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, Cedam, 1999; SHAFFER, *WTO Blue-Green Blues: the Impact of U.S. Domestic Policies on Trade Labour, Trade Environmental Linkages for the WTO's Future*, in *FILJ*, n. 24, 2000, p. 608 ss.; BARRY, *International Trade and Labour Standards: A Proposal for Linkage*, in *CILJ*, n. 3, 2006, p. 545 ss.; BLENGINO, *La dimensione sociale del commercio internazionale*, in PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 272 ss.; DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 219 ss.

⁹ La situazione appariva completamente diversa nel passato allorché, durante i negoziati che avrebbero dovuto condurre alla istituzione dell'Organizzazione internazionale del commercio, fu dimostrato quanto diffusa fosse la consapevolezza della necessità di una protezione congiunta dei principi posti a fondamento del diritto del commercio internazionale e dei diritti dei lavoratori. La Carta dell'Avana, infatti, sebbene non sia mai entrata in vigore, contemplava una clausola dedicata ai *Fair labour standards*. L'art. 7 della Carta stabiliva che: «1. Gli Stati membri riconoscono che le misure relative all'impiego devono tenere pienamente conto dei diritti che sono riconosciuti ai lavoratori dalle dichiarazioni, dalle convenzioni e dagli accordi internazionali. Gli stessi riconoscono che tutti gli Stati hanno un interesse comune alla adozione ed al mantenimento di norme di lavoro stabilite in modo equo in rapporto alla produttività della manodopera e, di conseguenza, alle condizioni di lavoro e di retribuzione migliori che tale produttività rende possibili. Gli Stati membri riconoscono che l'esistenza di condizioni di lavoro inique, in particolar modo nei settori di produzione destinati alla esportazione, crea delle difficoltà agli scambi internazionali. Pertanto, ciascuno Stato membro adotterà tutte le misure appropriate e realizzabili al fine di eliminare tali condizioni dal suo territorio. 2. Gli Stati membri che fanno parte anche dell'Organizzazione internazionale del lavoro, collaboreranno con quest'ultima al fine di adempiere tali obblighi. 3. Per tutte le questioni relative alle norme di lavoro che possono essere oggetto della procedura prevista dagli artt. 94 e 95 (disposizioni relative alla regolamentazione delle controversie), l'Organizzazione consulterà l'OIL e collaborerà con essa».

infatti incontrato la resistenza dei Paesi in via di sviluppo¹⁰. Un debole compromesso è stato raggiunto solamente nel corso della prima Conferenza ministeriale dell'OMC, svoltasi a Singapore nel 1996. Nella Dichiarazione finale della Conferenza, gli Stati hanno ribadito il proprio impegno al rispetto dei diritti dei lavoratori internazionalmente riconosciuti, affermando al contempo l'esclusiva competenza dell'Organizzazione internazionale del lavoro a definire tali diritti e ad affrontare le problematiche ad essi connesse¹¹. Con ciò si intendeva, quindi, disconoscere implicitamente ogni intervento dell'OMC nella regolamentazione della materia.

Anche il Vertice di Seattle (1999) e le Conferenze ministeriali di Doha (2001), Cancùn (2003) e Hong Kong (2005) hanno prodotto risultati altrettanto insoddisfacenti¹². Sono state infatti bocciate sia la proposta statunitense, canadese ed europea di costituire in seno all'OMC un gruppo di lavoro con il compito di studiare il legame esistente tra commercio e diritti sociali, sia la proposta dell'Unione europea di costituire un *forum* di dialogo tra OIL e OMC al fine di consentire la valutazione congiunta di tematiche di interesse comune¹³. Sulla base di simili presupposti, la Dichiarazione di Doha si è limi-

¹⁰ Per i PVS, il basso costo del lavoro costituisce uno dei pochi vantaggi comparati di cui servirsi per fronteggiare le sfide del libero scambio, un vantaggio che, del resto, andrebbe, sempre secondo l'opinione di tali paesi, di pari passo con il diverso grado di sviluppo di ciascuno Stato e sarebbe, dunque, destinato a venir meno automaticamente quando si realizzerà la loro emancipazione economica. Per una dettagliata analisi dei contrasti cui il riconoscimento dei *core labour standards* ha dato luogo durante i negoziati dell'Uruguay Round, si rimanda a GREENAWAY - MILNER, *Les incidences sur l'emploi du Cicle d'Uruguay Round*, in RIT, 1995, p. 569 ss.

¹¹ Cfr. *WTO Ministerial Conference, Singapore, 13 December 1996*, WTO Doc. WT/MIN(96)/DEC, *Ministerial Declaration*. Al par. 4 della Dichiarazione ministeriale si legge: «Nous renouvelons notre engagement d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues. L'OIT est l'organe compétent pour établir ces normes et s'en occuper et nous affirmons soutenir les activités qu'elle mène pour les promouvoir (...). Nous rejetons l'usage des normes du travail à des fins protectionnistes et convenons que l'avantage comparatif des pays, en particulier des pays en développement à bas salaire, ne doit en aucune façon être remis en question (...)».

¹² Una delle ragioni alla base dell'insuccesso di Seattle è stata il tentativo del Presidente statunitense Clinton di reintrodurre tra i punti all'ordine del giorno la questione relativa alla protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori. Nel corso delle conversazioni preparatorie per la Conferenza Ministeriale di Doha, la stessa proposta è stata fermamente rigettata da India e Pakistan nonché dai Paesi del G-15 e del G-77. Cfr. *WTO Ministerial Conference Fourth Session, Doha, 9-14 November 2001*, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/W/1, *Ministerial Declaration*, par. 8.

¹³ La proposta più articolata e puntuale in tal senso viene offerta da EHRENBURG, *From Intention to Action: An ILO-GATT/WTO Enforcement Regime for International Labour Rights*, in COMPA - DIAMOND (eds.), *Human Rights, Labour Rights and International Trade*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 163 ss. In questa prospettiva, all'Organizzazione internazionale del lavoro andrebbe affidato il compito di monitorare il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori mediante attività di *reporting* e procedure di supervisione, mentre all'OMC spetterebbe di valutare l'impatto di una violazione della clausola sociale sui flussi commerciali. La clausola sociale consentirebbe, in tal modo, di superare ogni intento protezionistico e potrebbe funzionare come strumento di pressione per migliorare le condizioni di vita dei lavoratori dei PVS, garantendo loro l'estensione dei diritti riconosciuti ai prestatori di lavoro negli Stati ad economia avanzata. Nel configurare una tale sinergia, particolarmente utile potrebbe risultare anche la funzione dell'Intesa sulle norme e le procedure per la risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (DSU), sia sotto il profilo dell'obbligo di ricorrere alle procedure in questione al fine di ottenere la riparazione del pregiudizio derivante dalla violazione di determinati *standard* sociali (DSU, art. 23), sia per il rilievo attribuito a simili violazioni quali cause di «prima

tata a prendere atto delle conclusioni raggiunte a Singapore e dell'impegno dimostrato dall'Organizzazione internazionale del lavoro per garantire una dimensione sociale alla globalizzazione¹⁴.

In un contesto in cui poco probabile appare, nel breve periodo, una modifica del GATT '94 in senso più favorevole ai diritti fondamentali dei lavoratori e dell'infanzia, ciò che interessa stabilire è se, sulla base della esistente disciplina degli scambi internazionali, la violazione di simili *standard* possa legittimare lo Stato importatore a ricorrere a contromisure economiche unilaterali, senza con ciò incorrere in una violazione degli obblighi contratti per effetto della adesione all'Organizzazione mondiale del commercio¹⁵.

3. L'impossibilità di ricorrere al divieto di sovvenzioni alle esportazioni ex art. XVI GATT per sanzionare pratiche di *dumping sociale*

In attesa di una norma *ad hoc* che includa una clausola sociale accanto ai principi fondamentali dell'Organizzazione mondiale del commercio e data la difficoltà di ricondurre la nozione di *dumping sociale* alla fattispecie disciplinata dall'art. VI del GATT, si potrebbe ricorrere ad altri istituti contemplati dagli Accordi OMC per contrastare fenomeni di *dumping sociale* e garantire una più efficace tutela dei diritti dei lavoratori. Anzitutto, viene in considerazione la previsione che reprime le sovvenzioni, altro strumento di distorsione del commercio internazionale cui si riferisce l'art. XVI del GATT oltre che l'Accordo sulle sovvenzioni, redatto e siglato nel corso dell'Uruguay Round¹⁶.

facie nullification or impairment» (DSU, art. 3, par. 8), cui consegue l'obbligo per lo Stato convenuto di provare l'inesistenza di un danno.

¹⁴ Il 10 giugno 2008, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) ha adottato all'unanimità la *Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta*. La Dichiarazione giunge in un momento cruciale sul piano politico e riflette l'ampio consenso che si registra intorno alla necessità di dare una forte dimensione sociale alla globalizzazione, affinché sia in grado di produrre risultati migliori e più equi per tutti. Essa costituisce un punto di riferimento per la promozione di una globalizzazione giusta fondata sul lavoro dignitoso, e l'espressione di un modello produttivo che mette in evidenza l'importanza delle imprese sostenibili capaci di creare maggiori opportunità di lavoro e di reddito per tutti. La Dichiarazione si inserisce in un momento di grande incertezza per il mondo del lavoro, di violazioni continue dei diritti del lavoro, di crescente preoccupazione circa gli sviluppi della globalizzazione, e in cui è necessario che le organizzazioni internazionali lavorino meglio insieme su tali questioni.

¹⁵ Le contromisure a carattere economico costituiscono uno degli strumenti di autotutela cui di frequente si fa ricorso nelle relazioni internazionali per reagire al comportamento illecito di uno Stato. Generale è l'accordo sulla liceità di queste misure. In tal senso si è espressa anche la Commissione di diritto internazionale, in *YILC*, vol. II, 1979, p. 129, in cui si legge: «Modern international law does not normally place any obstacle of principle in the way of the application of certain forms of reaction to an internationally wrongful act (economic sanction, for example)»; si veda anche ARANGIO RUIZ, *Fourth Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/444 add. 1, par. 77, *YILC*, II, 1992, p. 32.

¹⁶ Sulle sovvenzioni in ambito GATT si vedano, tra gli altri, TRIGGIANI, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, Cacucci, 1989; e SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995. Con riferimento alla Comunità europea, si veda-

A differenza di quanto accade nel *dumping*, nel caso delle sovvenzioni pubbliche alle esportazioni il prezzo di un bene risulta inferiore al suo valore normale in ragione degli aiuti concessi alle imprese, direttamente o indirettamente, dagli Stati o da altri enti pubblici¹⁷. Di fronte a tali prassi il GATT, oltre a consentire agli Stati danneggiati di reagire immediatamente attraverso l'imposizione di dazi doganali compensativi (art. VI, par. 2), limita o proibisce la stessa concessione di sovvenzioni (art. XVI).

Ai fini dell'analisi qui condotta, rileva chiedersi se l'atteggiamento compiacente di uno Stato che consenta alle imprese nazionali operanti al proprio interno di violare gli *standard* internazionali a tutela dei lavoratori, possa considerarsi equivalente alla concessione di una sovvenzione. Se così fosse, questa peculiare forma di sovvenzione potrebbe costituire oggetto di misure compensative da parte di quegli Stati le cui imprese abbiano subito uno svantaggio concorrenziale.

Secondo un certo orientamento dottrinale, il *dumping sociale* potrebbe essere determinato da un inadempimento dello Stato «to implement and enforce adequate labour rights»¹⁸. Si tratta, del resto, della stessa linea interpretativa suggerita con riguardo al *dumping* ecologico, in cui la tolleranza di alcuni Paesi verso il degrado ambientale si tradurrebbe in una sorta di sovvenzione per l'industria nazionale¹⁹.

Ancorché suggestiva, questa ipotesi interpretativa deve superare alcuni rilevanti ostacoli, anche di ordine testuale. L'Accordo sulle sovvenzioni, infatti, nel tentativo di fornire una definizione puntuale di aiuto pubblico, richiede il concorso delle seguenti condizioni: un contributo finanziario erogato dal governo o da un organismo pubblico operante nella giurisdizione territoriale di uno Stato membro (art. 1, par. 1, lett. a1), ovvero una qualsiasi forma

no gli artt. 87 e 88 del Trattato CE che vietano l'erogazione di aiuti statali alle imprese, salvo le eccezioni di cui ai par. 2 e 3 dell'art. 87. In materia, si rimanda all'approfondita analisi di MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo: norme e funzionamento*, Torino, Utet, 1992, p. 59 ss. L'impiego di tali norme come strumento per contrastare l'adozione di normative statali tese a ridurre il costo della manodopera è negato da LYON CAEN, *Les conditions de travail face au dumping social dans le contexte international et communautaire*, in *SP*, Commission européenne, juin 1993, p. 7 ss., il quale rileva che la nozione di aiuto statale autorizza solo un controllo comunitario assai limitato dei sistemi nazionali. L'Autore sostiene, in particolare, che «en effet, ne sauraient être analysées comme une aide, qui, par définition, requiert une sélection des bénéficiaires, ni une mesure générale destinée virtuellement à l'ensemble des entreprises, ni surtout les marges qu'un système laisse aux entreprises pour aménager le régime du travail ou l'organisation des rapports dans l'entreprise».

¹⁷ L'Accordo sulle sovvenzioni prevede tre diversi tipi di aiuti di Stato (artt. 3, 5 e 8): 1. le sovvenzioni vietate *per se*; 2. le sovvenzioni azionabili, ossia passibili di impugnazione e quindi assoggettabili a misure compensative in ragione dei loro effetti pregiudizievoli sugli interessi delle Parti contraenti; e infine 3. le sovvenzioni non azionabili, non passibili di impugnazione e quindi *per se* lecite.

¹⁸ STANDFORD, *Going South. Cheap Labour as an Unfair Subsidy in North American Free Trade*, Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa, December 1991.

¹⁹ Cfr. REGE, *GATT Law and Environment-Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries*, in *JWT*, n. 3, 1994, p. 95 ss.

di sostegno al reddito o al prezzo ai sensi dell'art. XVI del GATT (art. 1, par. 1, lett. a2); un vantaggio derivante al soggetto o ai soggetti sovvenzionati dall'esistenza di uno o più degli elementi di cui alla lett. a. (art. 1, par. 1, lett. b2); sussistendo le predette condizioni, la *specificità* dell'intervento, in quanto rivolto ad una impresa, ad una industria o ad un gruppo di imprese o di industrie (art. 2, par. 1).

Anche da una analisi sommaria di questa disposizione, emerge chiaramente la difficoltà di poter qualificare il mancato rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori e dell'infanzia come una sovvenzione concessa dallo Stato alle imprese nazionali. In primo luogo, nelle ipotesi di *dumping sociale* è quantomeno improbabile che l'iniziativa pubblica si traduca in contributi finanziari. Al contrario, la mancata adozione di strumenti normativi che provvedano ad "internalizzare" i costi sociali e la tolleranza di minori garanzie per i lavoratori impiegati nell'industria di esportazione costituisce un comportamento passivo dello Stato, che può rappresentare semmai una fonte di risparmio fiscale²⁰.

Si potrebbe invero ritenere che il disimpegno dello Stato in materia sociale costituisca una forma di sostegno al reddito o al prezzo, nel senso che l'impresa sollevata dall'obbligo di affrontare determinati costi sociali o ambientali è in grado di offrire beni a prezzi inferiori all'ammontare complessivo dei costi dei fattori produttivi utilizzati. Tuttavia, come da altri affermato in materia di *dumping ecologico*, le forme di sostegno al reddito realizzate grazie al non intervento statale risultano di fatto indistinguibili dagli elementi che valgono a caratterizzare la struttura socio-economica dello Stato stesso²¹.

In secondo luogo, come accennato, l'Accordo vieta solamente le sovvenzioni che siano caratterizzate da una certa «specificità», vale a dire quelle rivolte ad una impresa, ad un gruppo di imprese, ad un settore di produzione, ovvero ad imprese situate all'interno di una regione geografica determinata. La necessità di questo ulteriore requisito porta ad escludere che possa parlarsi di sovvenzione con riguardo all'aiuto concesso alla totalità del sistema imprenditoriale (c.d. aiuto indifferenziato), laddove il *dumping sociale* riguarda proprio l'intero tessuto economico di uno Stato.

Non va dimenticato, inoltre, che l'Accordo sulle sovvenzioni introduce delle eccezioni al divieto di aiuti statali alle imprese, riconoscendo l'importanza che questi ultimi possono rivestire nello sviluppo dei PVS e nella trasformazione delle economie pianificate in economie di mercato. L'art. 27, par. 2, dell'Accordo, infatti, esonera gli Stati membri dell'Organizzazione mon-

²⁰ Che la passività dello Stato nella «internalizzazione» dei costi sociali possa rappresentare un grande risparmio in termini di spesa sociale, lo sostiene TURRINI, *Social dumping: un falso problema?*, in *RI*, agosto 1995, p. 53.

²¹ Per la stessa argomentazione in materia di costi ambientali, si veda MANZINI, *I costi ambientali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 80.

diale del commercio, che abbiano un prodotto nazionale lordo inferiore a mille dollari pro-capite annui, dall'adempire gli obblighi relativi ai «prohibited subsidies», mentre per gli altri PVS è prevista una progressiva riduzione delle sovvenzioni alle esportazioni. Anche volendo ammettere che la violazione degli *standard* sociali equivalga ad una sovvenzione, il trattamento preferenziale concesso ai Paesi in via di sviluppo impedirebbe comunque di attivare le procedure dirette a reprimere le sovvenzioni vietate.

Sulla base delle precedenti considerazioni, pare quindi arduo poter avallare quell'orientamento dottrinale che, sebbene in senso molto lato, ritiene di poter estendere al *dumping sociale* la disciplina delle sovvenzioni, intese come attribuzione di un vantaggio che si esplica nel minor costo del prodotto²². Questa impostazione presuppone, infatti, ai fini dell'applicazione dell'art. XVI del GATT, una interpretazione estensiva del concetto di sovvenzione, in cui possa includersi l'inerzia dello Stato che mantenga volontariamente condizioni di lavoro non rispondenti agli *standard* internazionalmente riconosciuti²³.

4. L'inapplicabilità della clausola generale di salvaguardia del GATT (art. XIX) per contrastare il *dumping sociale*

Ai sensi dell'art. XIX dell'Accordo generale sulle tariffe e il commercio, ciascuna Parte contraente può adottare misure di salvaguardia per contrastare fenomeni anomali, quali l'importazione di certi beni in quantità eccessive o a condizioni tali da «procurare un grave pregiudizio ai produttori nazionali di beni simili o di prodotti direttamente concorrenti».

Quando l'applicazione della clausola di salvaguardia è invocata da uno Stato membro, quest'ultimo è tenuto, oltre ad avvisare le altre Parti contraenti, ad iniziare una consultazione con lo Stato esportatore. Se attraverso le consultazioni non si perviene ad un accordo, la Parte contraente che si ritenga a sua volta danneggiata dal comportamento dello Stato importatore è autorizzata, previa comunicazione agli altri Membri, a sospendere le concessioni o l'esecuzione di altri obblighi sostanzialmente equivalenti a quelli che sono stati sospesi dallo Stato importatore.

Clausole di analogo contenuto trovano spazio anche in numerosi accordi di cooperazione e di integrazione economica. Le misure di protezione che le Parti

²² Sostiene che vi sia equivalenza in senso lato tra sovvenzioni erogate dallo Stato e *dumping sociale*, PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, cit. *supra*, nota 9, p. 91 ss.

²³ Questa prospettiva interpretativa è stata avanzata anche dalla Federazione internazionale dei lavoratori metalmeccanici (FIOM) e ha costituito oggetto di analisi da parte del Bit, v. Conseil d'Administration du BIT, novembre 1994. Cfr. MOREAU, *La clause sociale dans les traités internationaux: bilan et perspectives*, Publication dans le cadre du séminaire annuel sur l'Europe sociale, Nantes, 20 mars 1995.

possono adottare sono costituite da aumenti delle tariffe doganali, da restrizioni quantitative, o ancora da sovvenzioni alle imprese nazionali da attuarsi previa attivazione di determinate procedure amministrative di controllo, destinate a verificare la sussistenza delle condizioni richieste ai fini dell'ammissione di una condotta contraria agli obblighi convenzionali, nonché a garantire che la condotta dei contraenti non crei disfunzioni nella esecuzione del trattato²⁴.

A ben vedere, il meccanismo di funzionamento della clausola sociale potrebbe essere equiparato alle suddette disposizioni convenzionali che, all'avverarsi di determinate circostanze, consentono di adottare misure in deroga al trattato; misure che, di norma, sono contrarie ai principi fondamentali del liberismo economico e in particolare al divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI del GATT. A titolo di esempio, basti ricordare la facoltà concessa ai Membri del GATT di limitare temporaneamente l'accesso ai propri mercati, qualora la produzione nazionale sia messa a rischio da importazioni di beni a basso prezzo.

Una qualche correlazione tra misure di salvaguardia e clausola sociale può essere rintracciata nel fatto che le clausole di salvaguardia sono destinate principalmente a contrastare pratiche di *dumping* di altri contraenti o fenomeni di distorsione della concorrenza, e sono predisposte per supplire a difetti di armonizzazione nei vari settori cui le clausole si riferiscono.

Tuttavia, va rilevato come, trattandosi di norme derogatorie rispetto alla disciplina generale, si imponga una interpretazione restrittiva sia della sussistenza in concreto delle circostanze che legittimerebbero l'adozione di misure conservative, sia della loro durata e ampiezza. Né va dimenticato il disposto dell'art. 9 dell'*Agreement on Safeguards*, allegato all'Accordo istitutivo dell'OMC, secondo il quale le misure di salvaguardia non possono trovare applicazione nei confronti dei Paesi in via di sviluppo la cui quota di importazione non ecceda il 3% delle importazioni totali in quel determinato prodotto.

Per tutte queste ragioni, sembra da escludere che nella clausola generale di salvaguardia prevista dal GATT possa essere compresa anche una clausola sociale che autorizzi gli Stati importatori ad adottare misure unilaterali e selettive verso quei Membri che dimostrino di non rispettare i diritti fondamentali dei lavoratori e dell'infanzia²⁵.

²⁴ La clausola di salvaguardia si differenzia dal tradizionale e rigido istituto delle riserve, che pure permette di «escludere o modificare l'effetto giuridico di alcune disposizioni del trattato nella loro applicazione allo Stato riservante» (art. 2, lett. d.), Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969), in quanto più conforme alle esigenze della cooperazione economica interstatuale. Sul punto si vedano, tra gli altri, GORI, *Les clauses de sauvegarde des Traités C.E.C.A. et C.E.E.*, Bruxelles, Editions Heule, 1967, p. 30; MERCIAI, *Safeguard Measures in the GATT*, in *JWT*, n. 1, 1981, p. 41 ss. Cfr. anche VITTA, *Le riserve nei trattati*, Torino, Giappichelli, 1957; RUDA, *Reservations to Treaties*, in *Recueil des cours*, vol. III, 1975, p. 95 ss.; GAMBLE, *Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice*, in *AJIL*, 1980, p. 372 ss.

²⁵ Sono di questa opinione, tra gli altri, CAIRE, *Labour Standards and International Trade*, in SENGENDERGER - CAMPBELL (eds.), *International Labour Standards and Economic Interdependen-*

5. Il possibile ricorso alle eccezioni generali ex art. XX GATT per giustificare misure restrittive del commercio miranti a tutelare i diritti dei lavoratori e dell'infanzia

Nell'impossibilità di invocare le disposizioni relative al divieto di *dumping* e di sovvenzioni e la previsione sulle clausole di salvaguardia, sembra che l'unica norma del GATT alla quale si possa ricorrere per giustificare misure restrittive del commercio destinate a contrastare fenomeni di *dumping sociale*, sia costituita dall'art. XX relativo alle c.d. «eccezioni generali». In particolare, rivestono interesse ai fini dell'analisi qui condotta, le eccezioni relative alle misure «necessarie a proteggere la moralità pubblica» (art. XX, lett. *a.*), «la vita e la salute delle persone» (art. XX, lett. *b.*), quelle «relative alla commercializzazione di articoli fabbricati negli istituti carcerari» (art. XX, lett. *e.*) e, infine, quelle «adottate in adempimento degli obblighi derivanti dagli Accordi sui prodotti di base» (art. XX, *h.*).

L'applicazione di questa disposizione per finalità di tutela dei diritti umani solleva alcune problematiche di non facile soluzione relative, da un lato, all'individuazione dei valori normativi che possono essere legittimamente promossi in base alle eccezioni generali e, dall'altro lato, ai tipi di misure commerciali azionabili per promuovere tali valori. Con particolare riguardo al primo profilo rimane incerta non solo l'inclusione dei diritti umani tra i valori suscettibili di promozione ex art. XX, ma anche la possibilità di attribuire efficacia extra-territoriale a tali eccezioni.

Anzitutto, il sistema delle eccezioni del GATT pare contemplare come ipotesi pertinente al tema in esame, quella che consente di adottare o mantenere in vigore misure restrittive degli scambi aventi ad oggetto manufatti fabbricati con manodopera carceraria²⁶.

Sembrerebbe logico estendere l'applicazione di questa disposizione anche a forme analoghe al lavoro carcerario, quali il lavoro forzato o compiuto in condizioni di schiavitù, nonché a quelle forme di lavoro minorile che implicano una totale incapacità di scelta e di autodeterminazione da parte della vittima. Una simile interpretazione estensiva godrebbe del supporto di numerosi elementi: in primo luogo, la logica alla base delle restrizioni alle importazioni di beni prodotti in carcere è identica a quella che guida l'applicazione delle misure restrittive adottate contro manufatti prodotti attraverso forme in-

ce, Geneva, Softcover, 1994, p. 297 ss.; PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, cit. supra, nota 9, p. 96.

²⁶ Ciò peraltro in continuità storica con quanto stabilito nel Protocollo addizionale di una risalente convenzione della Società delle Nazioni – nota come *Import-Export Convention* – ai sensi della quale «prohibition or restrictions applying to prison made goods are not within the scope of the Convention». Cfr. *International Convention for the Abolition of Import and Export Restrictions*, 1927, League of Nations Doc. C.I.A.P. 1927 e relativo protocollo addizionale, 8 November 1927, par. IV.

tollerabili di sfruttamento, come il lavoro forzato²⁷. Né, del resto, potrebbe negarsi il diritto degli Stati di rifiutare l'accesso ai propri mercati interni di beni prodotti in condizioni di schiavitù²⁸.

Non bisogna però sottovalutare le difficoltà di ordine pratico che potrebbero incontrarsi nel dare applicazione a questa eccezione. All'atto di adottare misure derogatorie ex art. XX, lett. *e*. in relazione a beni prodotti in condizioni di lavoro forzato o di schiavitù, lo Stato agente deve, infatti, essere in grado di dimostrare l'esistenza di un legame effettivo tra le condizioni di lavoro deprecate e il prodotto soggetto a restrizione. Questo requisito è conforme all'interpretazione fornita dagli organi di soluzione delle controversie OMC nei casi *US-Taxes on Automobiles* (1994) e *US-Gasoline* (1996), secondo i quali il termine «*relating to*» implica l'esistenza di una relazione effettiva – e non, dunque, meramente accidentale – tra i beni soggetti a restrizioni e il fenomeno che si intende sopprimere²⁹. In questo modo, gli Stati che decidessero di ricorrere all'applicazione della norma in esame per casi non espressamente contemplati dall'art. XX rischierebbero di incorrere in una violazione del GATT, qualora i beni oggetto di restrizioni non costituissero il prodotto delle attività che la misura restrittiva prescelta è destinata a sanzionare.

Si consideri, comunque, che l'art. XX, lett. *e*. non è stato mai efficacemente applicato, salvo nel quadro di un accordo bilaterale concluso nell'agosto 1992 tra gli Stati Uniti e la Repubblica Popolare Cinese, che vieta l'importazione di prodotti fabbricati da detenuti o da manodopera sotto costrizione, e autorizza il governo statunitense a inviare suoi funzionari per procedere

²⁷ V. LEARY, *Workers' Rights and International Trade: The Social Clause (GATT, ILO, NAFTA, US Laws)*, in BHAGWATI - HUDEC (eds.), *Fair Trade and Harmonisation*, vol. 2, *Legal Analysis*, Cambridge - London, The MIT Press, 1996, p. 204. Secondo l'Autore, le eccezioni generali dell'art. XX del GATT possono anche estendersi ai beni prodotti in violazione di altri diritti fondamentali dei lavoratori internazionalmente riconosciuti, come ad esempio la libertà sindacale. Cfr. «*Leutwiler Group*» *Report to the Director General of GATT*, richiamato in CHARNOVITZ, *Fair Labour Standards and International Trade*, in *JWT*, n. 1, 1986, p. 68. Si vedano inoltre CHARNOVITZ, *Promoting World Labour Rules*, in *JC*, 19 April 1994, p. 8A; SRINAVASAN, *International Labour Standards Once Again!*, in *International Labour Standards and Global Economic Integration: Proceedings of a Symposium* (US Department of Labour, Bureau of International Labour Affairs, July 1994), p. 35.

²⁸ Una simile interpretazione estensiva sembra potersi desumere dalla prassi risalente di alcuni Stati che, come gli Stati Uniti d'America all'atto di aderire alla *Import-Export Convention* del 1927, hanno affermato di considerare inclusi nell'eccezione relativa al lavoro carcerario anche i «goods the product of forced or slave labor however employed». Cfr. Letter of Ratification from the President Herbert Hoover to the League of Nations, 20 September 1929, richiamata in DILLER-LEVY, *Child Labour, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law*, in *AJIL*, n. 4, 1997, p. 684. Questa lettera è inoltre consultabile presso la Biblioteca delle Nazioni Unite negli Archivi relativi alla Società delle Nazioni. Pare utile rammentare il fallimento del tentativo operato dal Parlamento europeo nel corso dell'Uruguay Round di estendere il contenuto dell'art. XX *e*. anche al lavoro minorile; v. OCSE, *Trade, Employment and Labour Standards (OECD): A Study of Core Workers' Rights and International Trade*, OECD Doc. COM/DEELSA/TD(96)8/FINAL, 1994, par. 288.

²⁹ *US-Taxes on Automobiles*, rapporto del *Panel* dell'11 ottobre 1994, riprodotto in *ILM*, 1994, p. 1546; *US-Gasoline*, rapporto dell'Organo di appello del 20 maggio 1996, riprodotto in *ILM*, 1996, p. 621.

ad indagini in caso di sospette violazioni dell'intesa.

La lett. *a.* dell'art. XX offre una ulteriore possibilità di attingere alle eccezioni generali per finalità di tutela degli individui contro pratiche riprovevoli di lavoro. Pare infatti incontrovertibile che, ad esempio, le forme di sfruttamento del lavoro minorile elencate nell'art. 3 *b.* della Convenzione OIL n. 182 del 1999 («use, procuring or offering of a child for prostitution, for the production of pornography or for pornographic performances»), costituiscano una grave offesa alla morale pubblica. Alcune difficoltà potrebbero semmai derivare dalla previsione di limiti all'efficacia extraterritoriale di misure commerciali unilaterali dirette a prevenire l'esercizio di simili pratiche da parte di Stati terzi.

Una qualche efficacia extraterritoriale è tuttavia rintracciabile pure nell'eccezione relativa alla morale pubblica, introdotta in numerosi e risalenti accordi commerciali proprio per far fronte a pratiche condannate dall'intera Comunità internazionale, quali il commercio di schiavi e di oppio, il traffico di armi e il lavoro forzato³⁰. Peraltro, analizzando la giurisprudenza relativa a questi trattati, è stato osservato come, generalmente, il concetto di morale pubblica sia destinato a variare nel tempo e nello spazio per effetto di autonome valutazioni compiute da ciascuno Stato in base alla propria scala di valori³¹. Sembra dunque difficile pervenire ad una definizione unitaria di morale pubblica, la cui violazione possa ammettere incondizionatamente l'adozione di sanzioni commerciali unilaterali.

La possibilità di attribuire efficacia extraterritoriale all'eccezione di cui alla lett. *a.* risulta ulteriormente compromessa dalla difficoltà di stabilire se la morale pubblica, cui tale disposizione si riferisce, sia da intendersi come morale pubblica interna o internazionale. Accogliendo la prima accezione, desumibile anche dal fatto che la morale pubblica varia nello spazio, il suo utilizzo per fini protezionistici rappresenterebbe un pericolo concreto³². Attribuire invece alla morale pubblica una dimensione internazionale consentirebbe di aprire il GATT a valori e interessi condivisi dall'intera Comunità internazionale, con l'immediato effetto di legittimare quelle misure sanzionatorie che, va-

³⁰ V. CHARNOVITZ, *The Moral Exception in Trade Policy*, in *Virginia JIL*, n. 4, 1998, p. 689, 705-716.

³¹ Che il concetto di morale pubblica sia per sua natura relativo e riconducibile alle tradizioni culturali e religiose proprie di ciascuno Stato è stato affermato anche dalla Comunità europea e, all'interno della stessa, dai Paesi Bassi nel corso del giudizio relativo al caso *Tuna-Dolphin*. In particolare, le due Parti hanno sostenuto che: «Une interprétation du terme «nécessaire» au sens large conduirait de toute évidence à une partialité au nom de la moralité publique, notion qui dépendait en général fortement des traditions religieuses et culturelles spécifiques». Cfr. *Tuna-Dolphin II*, WT/DS29/R, par. 3.71.

³² Ad opinione di una parte della dottrina, l'adozione di misure restrittive degli scambi, finalizzate ad ostacolare l'importazione di merci provenienti da Paesi che sfruttano la manodopera infantile, non sembra consentita dal momento che in tal modo una Parte contraente farebbe rispettare la moralità pubblica al di fuori della sua sfera di competenza. In questo senso, cfr. ROBERT, *Enjeux et ambiguïtés du concept de clause social*, cit. *supra*, nota 8, p. 156.

licando i confini territoriali dello Stato, siano dirette contro pratiche e processi di produzione contrari ad un nucleo di diritti fondamentali dell'individuo³³. Accogliendo quest'ultima accezione, i *core labour standards*, in quanto particolarmente degni di promozione e di tutela – come dimostrato dalla Comunità degli Stati attraverso l'ampia adesione alla Dichiarazione OIL sui principi e i diritti fondamentali dei lavoratori del 1998 – rientrerebbero a pieno titolo nell'eccezione della morale pubblica³⁴.

Con riferimento alle attività produttive condotte senza alcun rispetto degli *standard* minimi di sicurezza e salubrità, si potrebbe invece argomentare che, dato il potenziale di rischio per la vita e la salute dell'uomo in esse insito, queste attività sarebbero suscettibili di ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. XX, lett. *b*. Tale argomentazione trova supporto nella decisione emessa nel caso *Tuna-Dolphin I*, secondo cui, alla luce dell'interpretazione testuale dell'art. XX e dei lavori preparatori del GATT e della Carta dell'Avana, la disposizione in esame può essere applicata senza incorrere in limiti di giurisdizione³⁵.

Infine, un ultimo riferimento spetta alla lett. *h*. dell'art. XX, che può essere invocata dagli Stati membri dell'OMC per derogare agli obblighi derivanti dal GATT per motivi di tutela dei diritti umani. In effetti gli Stati, all'atto di stipulare accordi commerciali sui prodotti di base, concordano spesso sulla necessità di garantire *standard* lavorativi adeguati in relazione alla produzione delle merci oggetto di contrattazione³⁶. Ciò, dunque, consentirebbe di in-

³³ In questo senso VIVIANI, *Coordinamento tra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti dell'uomo e la clausola di ordine pubblico*, in *RDIPP*, n. 5, 1999, p. 847.

³⁴ La possibilità di interpretare estensivamente il concetto di moralità pubblica, così come i valori tutelati dalle altre eccezioni generali, sembrerebbe suggerita dalla decisione emessa dall'Organo di appello in occasione della controversia *Shrimp/Turtle*. Nella sentenza, infatti, si legge che: «Article XX exceptions are by definition evolutionary». Si veda inoltre CLEVELAND, *Human Rights Sanctions and the World Trade Organization*, in FRANCONI (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, Hart Publishing, 2001, la quale scrive: «An application of Shrimp/Turtle evolutionary approach would suggest that the Article XX public morals, human life, and prison labour provisions are evolving concepts that should take into account contemporary developments in the international law of human rights» (p. 237).

³⁵ *Tuna-Dolphin I*, rapporto del *Panel* del giugno 1994, par. 5.16 e 5.31. Il *Panel* ha, infatti, evidenziato che altre eccezioni ex art. XX, come quella di cui alla lett. *e*., si riferiscono a situazioni che necessariamente hanno luogo al di fuori del territorio dello Stato importatore. Lo stesso ragionamento può trovare applicazione, per analogia, alle altre previsioni dell'art. XX. Con riferimento ai lavori preparatori del GATT e della Carta dell'Avana, il *Panel* ne ha invece contestato una interpretazione che imporrebbe limiti «with respect to the location of the living things to be protected under Article XX b)» (par. 5.33).

³⁶ Riguardo alla possibilità pratica di derogare agli obblighi derivanti dal GATT «in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement» (art. XX, *h*), particolarmente rilevante sembra il disposto contenuto nel par. 7 della Dichiarazione ministeriale di Singapore del 1996, secondo cui: «The expansion and extent of regional trade agreements make it important to analyse the system of WTO rights and obligations as it relates to regional trade agreements needs to be further clarified. We reaffirm the primacy of the multilateral trading system, which includes a framework for the development of regional trade agreements, and we renew our commitment to ensure that regional trade agreements are complementary to it and consistent with its rules».

vocare l'eccezione *de qua* per giustificare restrizioni degli scambi contro una Parte contraente che si dimostrasse insensibile alla promozione dei *core labour standards* e dei diritti dell'infanzia.

6. Il ricorso alla giurisprudenza ambientale GATT/OMC per giustificare l'applicazione dell'art. XX alle misure di promozione dei diritti sociali fondamentali

La via maestra conduce dunque ad ampliare la formulazione dell'art. XX, in vista di rendere multilaterali e includere nella disciplina GATT/OMC le obbligazioni discendenti dalle convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di diritti sociali fondamentali internazionalmente riconosciuti³⁷.

Oltre al riferimento espresso al lavoro carcerario, si è visto come una interpretazione estensiva delle «misure necessarie alla protezione della salute e della vita delle persone» dovrebbe includere quantomeno il divieto di lavoro infantile e le norme minime di sicurezza sul lavoro, consentendo agli Stati che subiscano forme di *dumping sociale* di adottare misure restrittive delle importazioni³⁸.

Tuttavia, il campo di applicazione delle eccezioni generali ex art. XX è stato per lungo tempo confinato entro limiti molto ristretti dagli organi di soluzione delle controversie i quali, sopravvalutando la dimensione «privatistica» del GATT, hanno reso questa norma inutilizzabile per regolare questioni sociali. Dato che i valori cui si riferisce il disposto dell'art. XX lett. *b.* (la salute pubblica e la vita) non venivano chiaramente assunti quali «beni pubblici» sopranazionali, assoluti e generalizzati, rilevando bensì come esigenze imperative tutelate dal diritto nazionale di ogni singolo Stato contraente, la eventuale misura discriminatoria poteva giustificarsi ex art. XX solo in quanto le norme che presiedono alla produzione e alla commercializzazione di un prodotto nel Paese d'origine danneggiassero i valori tutelati nel Paese di im-

³⁷ Sulla modifica dell'art. XX del GATT, nel senso di includervi accanto al divieto di lavoro infantile e del lavoro forzato, anche il diritto di associazione sindacale e di contrattazione collettiva, si è espresso favorevolmente, ma senza successo, il Parlamento europeo nella Risoluzione adottata il 9 febbraio 1994 (v. il documento di sessione del Parlamento europeo n. A3-0007/94 del 6 gennaio 1994). Questa risoluzione, relativa alla «Introduzione di una clausola sociale nel sistema unilaterale e multilaterale del commercio», stima «indispensabile che un codice di applicazione venga negoziato da tutte le Parti contraenti per regolare le modalità pratiche di applicazione di questi principi». Vi si giudica, piuttosto, «importante che un tale codice preveda una disposizione che obblighi alla consultazione in seno alla futura Organizzazione mondiale del commercio e, fino alla creazione di tale organismo, tra l'Unione europea e i Paesi interessati, prima che una misura sanzionatoria venga presa a causa della presunta violazione di Convenzioni dell'OIL; si ritiene inoltre essenziale che tale codice contempli una procedura di ricorso e/o arbitrato». Cfr. sul punto CAIRE, *Labour Standards and International Trade*, cit. *supra*, nota 25, p. 33.

³⁸ V. MOREAU, *La clause sociale dans les traités internationaux*, cit. *supra*, nota 23, p. 19.

portazione³⁹.

Quanto precede non tiene però nella debita considerazione la consapevolezza, oramai largamente acquisita dalla Comunità internazionale, circa l'esistenza di un nucleo di diritti umani fondamentali, tra i quali rilevano anche alcuni diritti sociali, la cui osservanza si impone alla stregua di un obbligo *erga omnes* sancito da una norma di diritto internazionale consuetudinario; anzi, alcune prescrizioni in materia sociale potrebbero anche essere avvertite dagli Stati come cogenti. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, se e nella misura in cui il lavoro svolto in violazione di certi precetti si traducesse in una forma di schiavitù o in un trattamento inumano e degradante⁴⁰.

In effetti, molte forme di lavoro forzato, di sfruttamento minorile e alcune riprovevoli pratiche di coinvolgimento dei minori in attività illecite tendono sempre più di frequente ad essere assimilate a forme di schiavitù, di tortura oppure a trattamenti inumani e degradanti, o ancora a forme di discriminazione razziale⁴¹. Quando lo sfruttamento dell'individuo, sia esso minorenne o adulto, assume simili sembianze, non sembra si possa negare l'avvenuta violazione di una norma imperativa di diritto internazionale⁴².

³⁹ Cfr. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, cit. supra, nota 9, p. 98 ss.

⁴⁰ In questo senso la dottrina ha da tempo osservato come la quantità di disposizioni convenzionali che vietano la schiavitù e il lavoro forzato e il fatto che esse non ammettano deroghe rifletta il convincimento della Comunità internazionale circa la natura cogente di tali norme. Cfr. RONZITTI, *La disciplina dello jus cogens nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, in *CS*, vol. XV, 1978, p. 241 ss.; AGO, *Obligations Erga Omnes and the International Community*, in WEILER - CASSESE - SPINEDI (eds.), *International Crimes of State*, Berlin - New York, De Gruyter, 1989, p. 237 ss.; GAJA, *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: a Tentative Analysis of Three Related Concepts*, ivi, p. 152 ss.; MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 81 ss.; BOSCHIERO, *Art. 4 Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, in BARTOLE - CONFORTI - RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, Cedam, 2001, p. 90; RASSAM, *Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and Slave Trade under Customary International Law*, in *Virginia JIL*, n. 3, 1999, p. 22.

⁴¹ La schiavitù, ai sensi dell'art. 1, par. 1, della Convenzione contro la schiavitù del 1926, è definita come «the status or condition of a person over whom any or all the powers attaching to the right of ownership are exercised». Considerando la natura dello sfruttamento sessuale dei minori, è incomprensibile che esso non sia stato compreso nel concetto di schiavitù. V. LAN CAO, *Illegal Traffic in Women: A Civil RICO Proposal*, in *YLJ*, n. 6, 1987, p. 1297; SCHMETZER, *Slave Trade Survives, Prospers Across Asia*, in *Chicago Tribune*, 17 November 1991, p. C1; DEGANI - DE STEFANI, *Note su schiavitù e diritti umani. L'attività del gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulle forme contemporanee di schiavitù*, in *Pace, Diritti dell'uomo, Diritti dei popoli*, n. 3, 1993, p. 90; WARING, *The Exclusion of Women from Work and Opportunity*, in MAHONEY (ed.), *Human Rights in the Twenty-first Century: a Global Challenge*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 109-113; FAIRCLOUGH, *Slaves to the Law*, in *FEER*, n. 1, 1996, p. 65; JOHNSTON, *Trafficking in Women in Asia and Pacific: A Regional Report for Regional Meeting on Trafficking in Women, Forced Labour and Slavery-like Practices in Asia and Pacific*, Bangkok, 1997; LENZERINI, *Sfruttamento sessuale dei minori e norme internazionali sulla schiavitù*, in *CI*, n. 3, 1999, p. 474; YOON, *International Sexual Slavery*, 1994, in www.alternatives.com. Con riferimento alle discriminazioni razziali sul posto di lavoro, si veda l'art. 2, par. 1, lett. d. della Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965), il quale, stabilendo che «each State Party shall prohibit and bring to an end, by all appropriate means (...), racial discrimination by any persons, group or organization», introduce implicitamente l'obbligo di sopprimere la discriminazione razziale anche dai luoghi di lavoro.

⁴² Il carattere imperativo della norma internazionale che proibisce la tortura è supportato da una

Partendo da un simile assunto, è dunque evidente come le sanzioni commerciali adottate contro lo Stato esportatore che non presti adeguata tutela ai diritti sociali fondamentali dovrebbero considerarsi pienamente conformi al GATT, pur se adottate per tutelare individui non soggetti alla giurisdizione dello Stato importatore.

A conclusioni non dissimili si perviene del resto, per analogia, da un raffronto con gli orientamenti espressi dagli organi di soluzione delle controversie GATT/OMC in materia di *dumping* ecologico e sanitario⁴³. La questione ha assunto particolare rilievo in relazione ai fenomeni di *environmental shopping*, contro i quali gli Stati più attenti ai problemi di degrado ambientale hanno adottato misure unilaterali restrittive delle transazioni commerciali (TREMs), con l'intento di imporre ai Paesi ecologicamente meno sensibili i propri *standard* ambientali⁴⁴. Queste misure sono però suscettibili di entrare in collisione con i principi libero-scambisti sanciti dal GATT, come ampiamente dimostrato dal fatto che nessuna delle TREMs oggetto di ricorso ha superato la verifica di compatibilità con il principio del trattamento nazionale (art. III) e con il divieto di restrizioni quantitative (art. XI). Né tali misure sono mai state ritenute giustificabili ai sensi delle eccezioni generali dell'art. XX⁴⁵.

L'approccio assunto dagli organi di soluzione delle controversie nel negare il carattere extraterritoriale delle eccezioni generali del GATT ha però subito nel tempo una profonda evoluzione. Le soluzioni restrittive adottate nel caso *Tuna-Dolphin I* sono state, infatti, completamente rovesciate dall'assunto secondo il quale il GATT non contemplerebbe alcun divieto relativo a «measures that relate to things or actions outside the territorial jurisdiction of

solida base dottrinale e giurisprudenziale. Si vedano, tra gli altri, O'BOYLE, *Torture and Emergency Powers Under the European Convention on Human Rights: Ireland v. The United Kingdom*, in *AJIL*, n. 3, 1977, p. 674; DILLER - LEVY, *Child Labor*, cit. *supra*, nota 28, p. 673; KUHNER, *Torture*, in *EPIL*, vol. 8, p. 510; *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran* (Stati Uniti c. Iran), 1980, in *ICJ Report*, 1980, p. 42 ss. Con riferimento alla discriminazione razziale la questione è più incerta ma, in accordo con quanto espresso dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Barcelona Traction* (in *ICJ Report*, 1970, p. 33 ss.), la repressione di questo fenomeno costituisce un obbligo *erga omnes*. Per una parte della dottrina, invece, il riferimento a questo principio nella pronuncia della Corte rappresenta un implicito riferimento al concetto di norma cogente; v. in particolare, MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms*, cit. *supra*, nota 40, p. 81.

⁴³ Del resto, come rileva CROMER, *Sanitary and Phytosanitary Measures: What They Could Mean for Health and Sanitary Regulations under GATT*, in *HILJ*, n. 3, 1995, p. 557 ss., «(...) of the GATT adjudications involving article XX (b), not a single environmental or health measure has ever been adjudged to be in conformance with article XX, demonstrating GATT panels' reluctance to make exceptions forsaking free trade».

⁴⁴ Ci si riferisce al fenomeno di delocalizzazione industriale determinato dall'interesse delle industrie di Paesi dotati di normative ambientali più severe di dislocare le proprie attività nel territorio di Paesi più tolleranti; il che spiega l'inclinazione dei Paesi maggiormente impegnati nella tutela ambientale a porre in essere misure unilaterali contro pratiche di *dumping* ecologico al fine di imporre agli altri Stati i propri *standard* di tutela. Cfr. KING, *Environmental Displacement: Coordinating Efforts to Find Solutions*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, n. 3, 2006, p. 543 ss.

⁴⁵ LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, Cedam, 1996, p. 420 ss.

the party taking the measure»⁴⁶. L'impostazione del primo *Panel* si basava su una rigida subordinazione della tutela ambientale al libero commercio, caratterizzata da una rigorosa delimitazione del campo di applicazione territoriale delle politiche ecologiche e dall'impossibilità per lo Stato importatore di sottoporre a controlli i processi di produzione delle merci importate. In questo modo, è facile comprendere come anche la via verso una interpretazione estensiva in materia sociale dell'art. XX, lett. *b.* potesse considerarsi sbarrata.

Per sconfiggere simili conclusioni, il *Panel* del secondo caso *Tuna-Dolphin* ha fatto ricorso proprio alla lett. *e.* dell'art. XX, sottolineando come l'eccezione relativa al lavoro carcerario contempli fatti e azioni che si svolgono al di fuori dell'ambito territoriale di giurisdizione dello Stato importatore. In questo modo, sono state considerate ammissibili misure di embargo unilaterali tese a garantire la protezione extraterritoriale dell'ambiente, ovvero, nella concreta fattispecie esaminata, la vita dei delfini di alto mare. Per rafforzare questa affermazione, condotta in base ad una analisi interna al GATT, il *Panel* ha anche operato un richiamo al diritto internazionale generale, osservando come «States are not barred from regulating the conduct of their nationals with respect to persons, animals, plants and natural resources outside of their territory»⁴⁷.

Simili considerazioni inducono ad una rivisitazione dell'art. XX, implicante una estensione dei contenuti e del campo di applicazione delle eccezioni generali, e trovano una ulteriore conferma in quanto sancito nel caso *Shrimp-Turtle*. Con riferimento a quest'ultima controversia, infatti, l'Organo di appello ha evidenziato, come del resto si evince dal testo dell'art. 3, par. 2 del DSU, che l'interpretazione del GATT deve essere condotta applicando «customary rules of interpretation of public international law», le quali «call for an examination of the ordinary meaning of the words of a treaty, read in the context, and in the light of the object and purpose of the treaty involved»⁴⁸. Di conseguenza, l'art. XX deve essere interpretato tenendo conto delle sue finalità «in the light of contemporary concerns of the community of nations»

⁴⁶ Per l'originario approccio restrittivo in materia di efficacia extraterritoriale delle misure commerciali a tutela dell'ambiente, v. *Tuna-Dolphin I*, rapporto del *Panel* del 3 settembre 1991, S/155-205, in cui si legge che le misure dirette contro le pratiche ambientali di uno Stato terzo non possono ammettersi, salvo previo accordo tra le parti stesse in cui si stabiliscano i «limits on the range of policy differences justifying such responses» e si prevedano i «criteria so as to prevent abuse» (par. 6.3). Per la giurisprudenza successiva, più propensa ad accordare effetti extraterritoriali alle misure unilaterali a tutela dell'ambiente, v. *Tuna-Dolphin II*, rapporto del *Panel* del 16 giugno 1994, DS 29/R, par. 5.16.

⁴⁷ *Tuna-Dolphin II*, DS 29/R, par. 5.26: «If (...) Article XX were interpreted to permit contracting parties to take trade measures so as to force other contracting parties to change their policies within their jurisdiction, including their conservation policies, the balance of rights and obligations among contracting parties, in particular the right of access to markets, would be seriously impaired».

⁴⁸ *Shrimp-Turtle*, rapporto dell'Organo di appello del 12 ottobre 1998, WT/DS58/AB/R, par. 114.

(par. 129). Poiché la necessità di proteggere i diritti umani fondamentali rappresenta, come è il caso della protezione ambientale, «a goal of national and international policy», l'applicazione "extraterritoriale" delle eccezioni generali dovrebbe essere estesa alla protezione di tali diritti⁴⁹. In questo senso, l'interpretazione evolutiva del GATT, compiuta in materia ambientale dagli organi deputati alla soluzione delle controversie, consentirebbe di individuare un nucleo fondamentale di diritti dell'individuo, la cui tutela ammetterebbe l'adozione di misure commerciali unilaterali non discriminatorie.

Annalisa Giansanti*

⁴⁹ Per una presa di posizione analoga, v. ABBOT, *GATT as a Public Institution: The Uruguay Round and Beyond*, in *Brooklyn JIL*, n. 18, 1992, p. 31 ss.

* Dottore di ricerca in Diritto Internazionale/Università degli Studi di Perugia.

**PUBBLICITÀ DI UN PRODOTTO EFFETTUATA
DA SOGGETTI TERZI, DIVERSI DAL PRODUTTORE:
LIMITI DI LEGITTIMITÀ**

**Autorità garante della concorrenza e del mercato
Provvedimento n. 18700 del 31 luglio 2008***

PS411 - Ovito-Magicannuccia approvati FIMP

Parti: Federazione Italiana Medici Pediatri (di seguito FIMP e anche Federazione), - Gruppo Novelli Srl (di seguito Novelli), - Littlebit Srl, Siport SpA, Beiersdorf SpA

Segnalanti: Ministero della Salute – ora Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali – Direzione Generale Sicurezza degli Alimenti e Nutrizione; Associazione Difesa Consumatori e Ambiente di Roma

(*Omissis*)

II. L'oggetto del procedimento

(*Omissis*)

[L'Autorità garante della concorrenza e del mercato]
delibera

a. che la pratica commerciale descritta al punto III, lett. *b.*, del presente provvedimento, posta in essere dalla Federazione Italiana Medici Pediatri e dalle società FIMP Progetti Srl, Gruppo Novelli Srl, Littlebit Srl, Beiersdorf SpA e Siport SpA, costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 e 23, lett. *d.*, del Codice del Consumo, e ne vieta l'ulteriore diffusione;

b. che alla Federazione Italiana Medici Pediatri sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 300.000 € (trecentomila euro);

c. che alla società Gruppo Novelli Srl sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 120.000 € (centoventimila euro);

* In *Bollettino* n. 30 del 26 agosto 2008, p. 57 ss. In argomento v. *infra*, p. 383 ss., il contributo di *FAUSTO CAPELLI*.

d. che alla società Littlebit Srl sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 65.000 € (sessantacinquemila euro);

e. che alla società Beiersdorf SpA sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 100.000 € (centomila euro);

f. che alla società Siport SpA sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 110.000 € (centodiecimila euro);

Le sanzioni amministrative di cui alle precedenti lett. *b.*, *c.*, *d.*, *e.* ed *f.* devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio della riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane, presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal dlgs 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

assegna

alle società Littlebit Srl e Siport SpA il termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, ai sensi dell'art. 27, comma 10, del Codice del Consumo, per il necessario adeguamento della confezione di vendita rispettivamente delle cannucce per sorbire latte a marchio Magicannuccia e delle calzature per bambini a marchio Fisher-Price, attraverso la rimozione della dicitura «*approvato dalla FIMP – Federazione Italiana Medici Pediatri*».

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

(*Omissis*)

CONSIDERAZIONI GIURIDICHE SULL'AMMISSIBILITÀ E SULLA PORTATA DI CODICI DI CONDOTTA ELABORATI DA ASSOCIAZIONI DI MEDICI PROFESSIONISTI CON RIFERIMENTO AI PRODOTTI ALIMENTARI

Sommario: *Premessa - I. Normativa nazionale - II. Normativa comunitaria - 1. La direttiva Ce n. 2000/13 relativa all'etichettatura e alla pubblicità dei prodotti alimentari - 2. La direttiva Ce n. 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali (e il Codice del consumo che ha recepito tale direttiva nell'ordinamento italiano) - a. In generale - b. Il riferimento ai «Codici di condotta» - 3. Il Regolamento Ce n. 1924/2006 sulle indicazioni nutrizionali e salutistiche che possono essere utilizzate nella presentazione di prodotti alimentari - III. Valutazioni finali e conclusive.*

Premessa

Come è noto, in alcuni Paesi dell'Unione europea¹ (come pure in alcuni Paesi terzi²) esistono Associazioni specialistiche che rilasciano attestati o riconoscimenti destinati a mettere in risalto, sotto il profilo salutistico, determinate caratteristiche di specifici prodotti alimentari.

In Italia, dopo il provvedimento n. 18700 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato adottato il 31 luglio 2008³ che ha, tra l'altro, condannato l'*Associazione dei medici pediatri* al pagamento di un'ammenda pari a trecentomila euro, per aver violato la normativa applicabile in materia di pratiche commerciali scorrette, contenuta nel «*Codice del consumo*», regna molta incertezza sui limiti entro i quali l'attività delle Associazioni dei medici professioni-

¹ Il Regno Unito presenta una varietà di Associazioni che rilasciano attestati di diverso genere. Ad esempio, la *British Dental Association* ha consentito di essere indicata sulle confezioni dei prodotti di un'impresa produttrice di *chewing gum*; la *British Heart Foundation* può essere citata sulle confezioni di tonno in scatola di uno specifico produttore.

² Cfr. per la Svizzera, ad esempio, il sito internet del *Centro svizzero per l'allergia, la pelle e l'asma* <http://www.ahaswiss.ch>.

³ Pubblicato nel *Bollettino dell'Autorità Garante* n. 30 del 26 agosto 2008.

sti possa essere svolta⁴.

In prosieguo si cercherà di chiarire quale è il contesto normativo nel cui ambito le predette Associazioni possono legittimamente operare alla luce del diritto comunitario e di quello interno dello Stato italiano.

Inquadreremo innanzitutto la materia sotto il profilo del diritto nazionale per poi passare all'esame della normativa applicabile in sede comunitaria, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee di Lussemburgo.

I. Normativa nazionale

In Italia è stata sempre tenuta una posizione poco favorevole a riconoscere alle Associazioni mediche il diritto di rilasciare attestati con riferimento ai prodotti alimentari. Tale ritrosia trova la sua origine nella disposizione italiana che fa riferimento ad attestati «*da chiunque rilasciati*», contenuta nell'art. 13, primo comma della legge n. 283 del 30 aprile 1962 secondo cui:

«è vietato offrire in vendita o propagandare a mezzo della stampa od in qualsiasi altro modo, sostanze alimentari, adottando denominazioni o nomi impropri, frasi pubblicitarie, marchi o attestati di qualità o genuinità da chiunque rilasciati, nonché disegni illustrativi tali da sorprendere la buona fede o da indurre in errore gli acquirenti circa la natura, sostanza, qualità o le proprietà nutritive delle sostanze alimentari stesse o vantando particolari azioni medicamentose».

Come si vede, gli «*attestati da chiunque rilasciati*» di cui parla l'art. 13 della legge n. 283/1962, sono però «*attestati di qualità o genuinità*» e, quindi, non riguardano specificamente gli aspetti sanitari o salutistici di un prodotto alimentare, i quali sono i soli che potrebbero essere effettivamente valorizzati dalle attestazioni di un'Associazione di medici professionisti.

Le altre disposizioni che potrebbero essere invocate sono soltanto quelle in materia di pubblicità ingannevole ma, a tale riguardo, le norme italiane sono tutte di derivazione comunitaria e, pertanto, devono trovare applicazione nel rispetto dei principi derivati dal diritto comunitario e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in base ai quali devono intendersi generalmente vietati i comportamenti e i messaggi che possono ingannare i consumatori.

D'altra parte, anche l'art. 13 della legge n. 283/1962, sopra riportato, che è anteriore alla normativa comunitaria applicabile in materia, fa espresso riferi-

⁴ La stessa Autorità Garante della Concorrenza ha recentemente condannato DANONE (cfr. Provvedimento n. 19816 del 29 aprile 2009) ed UNILEVER (cfr. Provvedimento n. 19820 del 29 aprile 2009) sempre per violazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette. È stato preso in considerazione anche il ruolo svolto dalla "SOCIETÀ ITALIANA DI CARDIOLOGIA" senza riscontrare irregolarità.

mento alla buona fede e alla necessità di non indurre in errore il consumatore.

A tale proposito occorre ricordare che la Suprema Corte di cassazione, proprio con riferimento all'art. 13 della legge n. 283/1962 sopra riportato, ha statuito nel 1965⁵ che:

«le frasi pubblicitarie [il germe di grano, attraverso il cracker integrale, fornisce all'organismo le sostanze organiche necessarie] non fossero idonee ad ingannare il consumatore di media intelligenza ed accortezza, circa la natura, sostanza e qualità nutritiva del prodotto così da indurlo a preferire questo ad un altro, appunto perché presentato attraverso un fraseggio pubblicitario che ne esaltava le qualità salutari, non potendosi dire che queste fossero inesistenti e che le proprietà nutritive del prodotto fossero diverse da quelle poste in risalto nelle confezioni».

Non constano, al contrario, decisioni della magistratura ordinaria (di legittimità o di merito) con riferimento alla liceità di *attestati* rilasciati da Associazioni di medici.

II. Normativa comunitaria

1. La direttiva Ce n. 2000/13 relativa all'etichettatura e alla pubblicità dei prodotti alimentari

In diritto comunitario la disposizione alla quale occorre innanzitutto far riferimento è quella dell'art. 2, par. 1, della direttiva Ce n. 2000/13⁶ che si riferisce all'etichettatura e alla pubblicità dei prodotti alimentari.

L'art. 2, par. 1, della direttiva Ce n. 2000/13 stabilisce che:

«L'etichettatura e le relative modalità di realizzazione non devono: a. essere tali da indurre in errore l'acquirente, specialmente: i. per quanto riguarda le caratteristiche del prodotto alimentare e in particolare la natura, l'identità, le qualità, la composizione, la quantità, la conservazione, l'origine o la provenienza, il modo di fabbricazione o di ottenimento, ii. attribuendo al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede, iii. suggerendogli che il prodotto alimentare possiede caratteristiche particolari, quando tutti i prodotti alimentari analoghi possiedono caratteristiche identiche (Omissis)».

Come si vede, la disposizione appena riportata mira a tutelare i consumatori vietando comportamenti e messaggi suscettibili di indurli in errore.

Nella disposizione non si fa però riferimento in modo esplicito ad *attestati* o a riconoscimenti rilasciati da terzi, ma tali *attestati* o riconoscimenti pos-

⁵ Sentenza del 6 luglio 1965 n. 2382.

⁶ In *Guce* n. L 109 del 2000. Sull'etichettatura dei prodotti alimentari, cfr. G. DE GIOVANNI, *Le etichette dei prodotti alimentari*, Bologna, Edagricole, 2007.

sono senz'altro rientrare nella pubblicità, che appare ugualmente disciplinata dalla disposizione medesima⁷.

2. *La direttiva Ce n. 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali (e il Codice del consumo che ha recepito tale direttiva nell'ordinamento italiano)*

a. *In generale*

Oltre alla direttiva Ce n. 2000/13 occorre far riferimento alla direttiva Ce n. 2005/29⁸ sulle pratiche commerciali sleali, che è stata recepita in Italia con il *Codice del consumo*⁹.

Secondo l'art. 5, par. 1, della direttiva Ce n. 2005/29 «*Le pratiche commerciali sleali sono vietate*». Nel *Codice del consumo* le pratiche commerciali sleali sono definite «*pratiche commerciali scorrette*».

Per pratica commerciale si intende, secondo la definizione di cui all'art. 2, lett. d. della stessa direttiva, qualunque comunicazione che appaia sull'etichetta o nella pubblicità relative al prodotto e sia «*direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*».

In base al par. 2 del citato art. 5, una pratica commerciale è considerata sleale (scorretta) se:

«a. è contraria alle norme di diligenza professionale, e b. falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

Il successivo par. 4 dell'art. 5 stabilisce che sono considerate sleali (scorrette) le pratiche commerciali *ingannevoli* contemplate dagli artt. 6 e 7 e quelle *aggressive* contemplate dagli artt. 8 e 9 della stessa direttiva n. 2005/29. Per i fini del presente lavoro è sufficiente esaminare la definizione di pratica commerciale ingannevole di cui all'art. 6 della direttiva medesima.

⁷ Cfr., per quanto riguarda la pubblicità effettuata da terzi nel settore farmaceutico, la sentenza della Corte di giustizia emessa il 2 aprile 2009 in causa n. C-421/07 (*Damgaard*); v. sul punto S. STÆRK EKSTRAND, *Who can Speak freely? - Can independent parties be held liable for their statements, and to what extent can a company make use of third party testimonials?*, in *European food and feed Law Review*, 2009, p. 192 ss.

⁸ In *Gu-Ue* n. L 149 del 2005. Cfr. il commento di R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in questa *Rivista*, 2006, p. 361 ss. nonché A. LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Dir. Industriale*, 2008, 3, p. 255 ss.; S. BASTIANON, *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 1460 ss.

⁹ Decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 modificato e integrato dai Decreti legislativi 2 agosto 2007 n. 146 e 23 ottobre 2007 n. 221. Sulle pratiche commerciali sleali, v. F. CAPELLI, *Indicazioni aggiuntive che possono essere riportate sulle confezioni dei prodotti agro-alimentari commercializzati nell'Unione europea con una Denominazione di Origine Protetta (DOP) o con una Indicazione geografica Protetta (IGP)*, in *Alimenta*, 2009, p. 77.

Stabilisce, in particolare, l'art. 6, par. 1, della direttiva Ce n. 2005/29 che:

«1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (...)».

L'art. 5, par. 1 e par. 2, della direttiva n. 2005/29/Ce (recepito nell'art. 20 del *Codice del consumo*) impone pertanto il divieto delle pratiche commerciali sleali (scorrette), indicando i criteri che consentono di determinare siffatto carattere di slealtà. In particolare, l'art. 5, par. 2, della citata direttiva, (recepito nell'art. 20, comma 2, del *Codice del consumo*), precisa che una pratica commerciale è *sleale* se, da un lato, è contraria alle norme di «*diligenza professionale*» e, contemporaneamente, è idonea a «*falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio*».

Dalla normativa sopra riportata si deduce che, in ogni caso, le pratiche commerciali poste in essere per pubblicizzare i prodotti alimentari non devono essere tali da indurre in errore il consumatore portando «*il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*¹⁰».

b. *Il riferimento ai «Codici di condotta»*

Come si può notare, anche le disposizioni sopra riportate non fanno esplicito riferimento ad *attestati* o a riconoscimenti rilasciati da terzi, ma anche tali *attestati* e riconoscimenti rientrano senz'altro nel concetto di "*pratica commerciale*", se sono connessi alla «*promozione, vendita e fornitura di un prodotto al consumatore*».

Tali *attestati*, in particolare, potrebbero essere rilasciati anche da Enti od Associazioni operanti sulla base di «*Codici di condotta*» che ne disciplinano i comportamenti e le modalità da seguire.

Nell'Allegato I della direttiva n. 2005/29, ai punti 1 e 3, si mette, ad esempio, in evidenza la possibilità di far riferimento a «*Codici di condotta*» per valutare la liceità di una pratica commerciale.

A tale proposito occorre segnalare che l'art. 10 della direttiva Ce n. 2005/29 è espressamente dedicato ai «*Codici di condotta*», ma tali «*Codici*» sono considerati, in questa disposizione, come un insieme di regole volontarie alle quali sia possibile far ricorso per ottenere un controllo delle pratiche

¹⁰ Come ha affermato la Corte di giustizia di Lussemburgo nella recente sentenza emessa il 23 aprile 2009 in cause riunite n. C-261/07 e n. C-299/07, *VTB-VAB NV* (C-261/07) c. *Total Belgium NV* e *Galatea BVBA* (C-299/07) c. *Sanoma Magazines Belgium NV*, inedita in *Raccolta*.

commerciali poste in essere dai soggetti che le hanno approvate, in quanto gli organi che le applicano sono visti come organismi di conciliazione che non possono però sostituirsi, in caso di controversie, agli organi di controllo pubblici, sia amministrativi sia giudiziari.

Per converso, l'art. 2, lett. f. della direttiva Ce n. 2005/29 (recepito nel *Codice del consumo*, alla lett. f. dell'art. 18) definisce il *Codice di condotta*: «un accordo o una normativa che non sia imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici».

La successiva lett. g. dell'art. 2 della medesima direttiva (cfr. lett. g. dell'art. 18 del *Codice del consumo*) definisce il «responsabile del codice»: «qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo».

Come si deduce dalle definizioni sopra riportate, il «*Codice di condotta*», è un insieme di regole che disciplinano il comportamento delle persone associate che si sono impegnate ad osservarlo.

Il «*Codice di condotta*», quindi, ha forza contrattuale vincolante per i membri che hanno sottoscritto l'accordo sul quale il «*Codice*» si fonda.

Tale «*Codice*» viene quindi concepito come uno strumento di autodisciplina che gli operatori di un determinato settore economico si impegnano ad osservare quando intendono far ricorso a pratiche commerciali per promuovere la vendita dei propri prodotti o dei propri servizi.

Inoltre, lo stesso «*Codice del consumo*», all'art. 27 bis (par. 1 e 2), stabilisce espressamente che:

«1. Le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali possono adottare, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici, appositi codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici con l'indicazione del soggetto responsabile o dell'organismo incaricato del controllo della loro applicazione. 2. Il codice di condotta è redatto in lingua italiana e inglese ed è reso accessibile dal soggetto o organismo responsabile al consumatore, anche per via telematica».

Ne consegue che anche un'Associazione di medici professionisti deve poter elaborare un «*Codice di condotta*» per disciplinare una propria attività destinata, ad esempio, ad erogare determinati servizi.

Ovviamente, una volta ammessa la possibilità di elaborare *Codici di condotta*, per disciplinare l'erogazione di servizi, i problemi da affrontare successivamente riguarderanno il settore nel quale i servizi potranno legittimamente essere erogati e le modalità da osservare per non violare le norme applicabili.

Limitando la nostra indagine al settore dei prodotti alimentari, i problemi appena accennati debbono essere risolti facendo riferimento alla disciplina prevista dal regolamento Ce n. 1924/2006¹¹ sulle indicazioni nutrizionali e salutistiche consentite nella presentazione dei prodotti alimentari.

3. *Il Regolamento Ce n. 1924/2006 sulle indicazioni nutrizionali e salutistiche che possono essere utilizzate nella presentazione di prodotti alimentari*

L'art. 12, lett. c., del Regolamento n. 1924/2006 sulle indicazioni nutrizionali e salutistiche utilizzabili per la presentazione dei prodotti alimentari, stabilisce che non sono consentite le indicazioni sulla salute:

«che fanno riferimento al parere di un singolo medico o altro operatore sanitario o altre associazioni non contemplate dall'art. 11».

A sua volta l'art. 11 dello stesso Regolamento n. 1924/2006 dispone che:

«in mancanza di norme comunitarie specifiche relative a raccomandazioni o avalli da parte di associazioni mediche nazionali o di associazioni di volontariato, si possono applicare le pertinenti norme nazionali conformemente alle disposizioni del Trattato».

Dalle disposizioni sopra riportate, si deduce, quindi, che sono vietati unicamente gli attestati sulla salute rilasciati da «un singolo medico od operatore sanitario» ma non quelli rilasciati da un'associazione, se si tratta di un'associazione medica. Se l'associazione che intende rilasciare l'attestato è diversa da un'associazione medica (in quanto non contemplata dall'art. 11 del Regolamento n. 1924/2006), in tal caso l'attestato è vietato.

Secondo l'art. 11 del Regolamento n. 1924/2006, sopra riportato, in mancanza di disposizioni comunitarie in materia, possono trovare applicazione le norme nazionali, ma tali norme devono essere applicate «conformemente alle disposizioni del Trattato».

Di conseguenza, le disposizioni nazionali che si intendono applicare devono tener conto della normativa comunitaria, così come interpretata ed applicata dalla Corte di giustizia di Lussemburgo.

In ogni caso, quando all'interno di uno Stato membro vengono applicate norme sulla commercializzazione dei prodotti alimentari che, come quelle pubblicitarie, possono incidere sul comportamento dei consumatori, la Corte di giustizia ha precisato che per stabilire se un'espressione pubblicitaria sia idonea ad indurre l'acquirente in errore, occorre prendere in considerazione

¹¹ In *Gu-Ue* n. L 404 del 2006. Su tale regolamento v. F. CAPELLI - B. KLAUS, *Il regolamento Ce n. 1924/2006 in materia di indicazioni nutrizionali e sulla salute da riportare sulle etichette dei prodotti alimentari*, in questa Rivista, 2007, p. 795 ss.

«l'aspettativa presunta di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto»¹².

Al contrario, nessuna disposizione comunitaria vieta agli operatori di tenere condotte del tutto conformi alle norme e alle regole applicabili o di impiegare espressioni sicuramente rispettose della correttezza commerciale come pure di dare attuazione a pratiche indubbiamente rispondenti alle esigenze della lealtà richiesta nei rapporti commerciali, senza indurre i consumatori ad effettuare scelte condizionate da indicazioni ingannevoli.

In effetti, che i produttori siano in ogni caso legittimati a fornire ai propri acquirenti informazioni utili, e non ingannevoli, sui prodotti messi in vendita, è stato ammesso dalla Corte di giustizia in diverse sentenze.

Ad esempio, nella sentenza emessa il 24 ottobre 2002¹³, la Corte di giustizia ha riconosciuto che l'espressione «*testato dermatologicamente*», utilizzata nell'etichetta di presentazione di un prodotto cosmetico, che era stato effettivamente testato, non attribuiva al prodotto effetti o proprietà tali da indurre in errore l'acquirente.

Più precisamente, la citata sentenza della Corte di giustizia, al par. n. 35, ha affermato che:

«la dicitura "testato dermatologicamente" non può pertanto indurre in errore un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, attribuendo ai prodotti di cui trattasi caratteristiche che essi non posseggono (...)».

Questo indirizzo, seguito dalla Corte di giustizia, ha sicuramente influenzato l'azione legislativa della Comunità europea, nel senso che ha spinto il legislatore comunitario a prestare attenzione all'effettivo contenuto e alla veridicità dei messaggi che vengono utilizzati per promuovere i prodotti alimentari sul mercato.

In particolare, la stessa Corte di giustizia, in una sentenza emessa il 15 luglio 2004¹⁴ ha addirittura considerato legittimi alcuni «*riferimenti al dimagrimento*» e i «*riferimenti a raccomandazioni, certificati, citazioni, pareri medici o a dichiarazioni di approvazione*» riportati nell'etichettatura e nella presentazione di prodotti alimentari, affermando che:

¹² V., in tal senso, sentenza 4 aprile 2000 in causa n. C-465/98, *Darbo*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2297, punto 20 (cfr. L. GRADONI, *Libera circolazione delle merci, denominazioni ingannevoli e tutela della salute. Alcune osservazioni sul diritto dei consumatori in margine al caso Darbo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 851 ss.) e sentenza 23 gennaio 2003 in cause riunite n. C-421/00, n. C-426/00 e n. C-16/01, *Sterbenz e Haug*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1065, punto 43. Cfr. L. GONZALEZ VAQUE, *La notion de "consommateur moyen" selon la jurisprudence de la Cour de justice*, *RDUE*, 2004, p. 69.

¹³ Causa n. C-99/2001, *Linhart c. Biffl*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9375.

¹⁴ Causa n. C-239/02, *Douwe Egberts NV c. Westrom Pharma NV e Christophe Sourainis*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 7037.

«l'art. 18, nn. 1 e 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 marzo 2000, 2000/13/Ce, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella in esame, che vieta i «riferimenti al dimagrimento» e i «riferimenti a raccomandazioni, certificati, citazioni, pareri medici o a dichiarazioni di approvazione» nell'etichettatura e nella presentazione dei prodotti alimentari».

Come si vede, la Corte di giustizia segue un indirizzo pragmatico preoccupandosi di verificare se vi sia una precisa corrispondenza tra la realtà e quanto viene dichiarato.

III. Valutazioni finali e conclusive

Dalle considerazioni sopra svolte, si deduce che gli attestati relativi agli aspetti sanitari o salutistici di un prodotto alimentare possono essere vietati soltanto se rilasciati da un singolo medico o da un singolo operatore sanitario.

Gli attestati rilasciati da un'Associazione medica non possono invece essere vietati, ma devono essere esaminati per controllarne la conformità alla normativa applicabile.

D'altra parte, la stessa Autorità garante della concorrenza, nel suo provvedimento n. 18700 del 31 luglio 2008 citato agli inizi (relativo, tra l'altro, alla società che commercializza l'uovo "Ovito"), non ha pronunciato la condanna nei confronti dell'Associazione dei medici pediatri perché la stessa non poteva rilasciare l'attestato incriminato, ma perché la stessa non aveva effettuato alcun controllo sul prodotto per il quale l'attestato è stato rilasciato.

Stando così le cose è possibile concludere che tanto la normativa comunitaria, quanto quella nazionale, attualmente applicabili, ammettono la possibilità di far ricorso ad attestati o a riconoscimenti concernenti i prodotti alimentari rilasciati da Associazioni mediche.

Occorrerà, ovviamente, che tali Associazioni mediche operino sulla base di appositi «Codici di condotta» contenenti le linee guida da seguire nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale attualmente applicabili.

I *Codici di condotta* considerati nell'art. 27 bis del Codice del consumo, sopra riportato, si riferiscono, a ben vedere, alle regole che i membri di un'Associazione professionale si impongono di osservare. Ciò non impedisce, però, che la citata disposizione del «Codice del consumo» possa senz'altro applicarsi anche alle regole che la stessa Associazione si impone di osservare quando è la stessa Associazione che deve operare rilasciando, ad esempio, uno specifico attestato.

Fausto Capelli

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

SICUREZZA DEI PRODOTTI E RESPONSABILITÀ PER DANNO DA PRODOTTO: ARTT. 102-127 DEL CODICE DEL CONSUMO*

Sommario: *Premessa - 1. La sicurezza dei prodotti - 2. La responsabilità per danno da prodotto.*

Premessa

La protezione della salute e della sicurezza dei consumatori costituisce ormai uno dei pilastri su cui si fonda la costruzione progressiva dell'Unione europea secondo i principi del vigente Trattato istitutivo (v., in particolare, art. 153 del Trattato) e secondo le linee di tendenza che hanno condotto, nel tempo, l'originaria Comunità economica europea (Cee) a modificare il Trattato stesso in modo da affermare istituzionalmente e specificamente la tutela del consumatore – nel quadro della tutela della persona – come obiettivo generale ed interesse primario della Comunità (v., anche, artt. 30 e 95 del Trattato).

In particolare, tra i vari interessi tutelabili, assume rilevanza prioritaria, per la natura dei diritti e la gerarchia dei valori, la protezione della salute e della sicurezza della *persona* in veste di *consumatore*, oltre che di *lavoratore* (v. art. 137 del Trattato).

Sotto quest'ultimo profilo, è necessario tuttavia evidenziare la scelta effettuata dal legislatore comunitario nel senso di distinguere sul piano normativo le due sfere di tutela personale, fatta salva comunque la riferibilità, a favore sia del *consumatore* sia del *lavoratore*, delle c.d. «direttive di prodotto»

* Il testo riproduce sostanzialmente la relazione presentata dall'Autore al seminario giuridico su «La tutela del consumatore» organizzato a Gela dall'Ordine degli Avvocati di Gela, 16-17 e 23-24 gennaio 2009.

(quali, ad esempio, quelle per il settore elettrico e per il settore meccanico) ed, entro certi limiti, della stessa direttiva orizzontale n. 85/374/Cee, che riguarda la responsabilità del produttore, che interseca ormai tutti i settori produttivi e che costituisce oggetto di questo intervento.

Per il resto, occorre mantenersi nell'ambito del compito assegnato e, quindi, dei confini tracciati con riferimento alla materia che è trattata negli articoli da 102 a 127 del «Codice del Consumo» (in seguito indicato anche come il «Codice») e che recepisce le direttive n. 2001/95/Ce e n. 85/374/Cee in tema, rispettivamente, di «sicurezza generale dei prodotti» e di «responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi»¹.

È importante, infatti, tenere conto fondamentalmente delle matrici comunitarie del Codice per due principali ragioni che si possono rappresentare schematicamente nel modo seguente:

A. Tutte le norme di recepimento delle direttive comunitarie nell'ordinamento nazionale devono essere interpretate – secondo la uniforme e consolidata giurisprudenza delle più alte Corti (Corte di giustizia, Corte costituzionale italiana, Corte di cassazione e Consiglio di Stato) – alla luce della lettera e dello spirito ricavabili dal testo delle direttive stesse (v., tra l'altro, sentenze della Corte di giustizia del 14 luglio 1994 in causa n. 91/92² e del 9 settembre 2003 in causa n. 198/01, nonché sentenze della Corte costituzionale n. 389 dell'11 luglio 1989³ e n. 168 del 18 aprile 1991⁴ e sentenza del Consiglio di Stato n. 452 del 6 aprile 1991).

B. Il dlgs n. 206 del 6 settembre 2005 con il quale è stato emanato il Codice contiene, al pari della gran parte delle norme italiane di recepimento ed attuazione delle direttive comunitarie, molte imprecisioni ed ambiguità che alimentano equivoci e suscitano dubbi risolvibili esclusivamente con il ricorso alla corretta interpretazione dell'originaria fonte del diritto comunitario, ossia le direttive stesse.

Una volta fissata in tal modo la debita premessa metodologica, è possibile valutare la portata e l'efficacia e, dunque, l'utilità, per il cittadino e per il giurista, del Codice in materia di «sicurezza dei prodotti» e di «responsabilità per danno da prodotto».

In primo luogo, è opportuno rilevare la scelta operata sul piano sistematico dal legislatore di questo Codice intitolando – e riservando – l'intera Parte IV al

¹ Il Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della l. 29 luglio 2003, n. 229 è pubblicato in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005, *suppl. ord.*

² In *Raccolta*, 1994, I, p. 3325 ss. e in questa *Rivista*, 1994, p. 361 con commento di F. CAPELLI, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, p. 367.

³ In questa *Rivista*, 1989, p. 395 ss. con commento di F. CAPELLI, *Nuove prospettive di adattamento della normativa italiana comunitaria (I decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri)*, p. 403.

⁴ In questa *Rivista*, 1991, p. 393 con commento di F. CAPELLI, *Portata ed efficacia delle direttive in materia fiscale*, p. 399 ss.

capitolo di tutela che riguarda i temi della sicurezza e della qualità nell'intento di raggruppare in tre «Titoli» tutta la legislazione che ha recepito ed attuato nell'ordinamento italiano le direttive comunitarie riguardanti la tutela dei consumatori con riferimento ai vari aspetti – sicurezza generale, responsabilità civile extra-contrattuale del produttore, garanzie del venditore e nuove forme di responsabilità contrattuale – che comunque attengono ai diritti derivanti al consumatore europeo dalle direttive comunitarie emanate tra il 1985 ed il 2001 (direttiva n. 85/374/Cee, direttiva n. 1999/44/Ce e direttiva n. 2001/95/Ce).

Temi, questi, eterogenei sul piano strettamente giuridico, ma sostanzialmente accomunati dal filo conduttore delle legittime aspettative del consumatore alla sicurezza ed alla qualità dei prodotti offerti sul mercato.

Il compito – già vasto – assegnato a questa relazione impone – come premesso – di limitare la trattazione alle materie di sicurezza e di responsabilità (extra-contrattuale e oggettiva) per danno da prodotto che sono comprese, rispettivamente, nei Titoli I e II della Parte IV del Codice, con esclusione, dunque, del "capitolo qualità" che è compreso nel Titolo III, relativo a «garanzia legale di conformità e garanzia commerciale per i beni di consumo».

1. La sicurezza dei prodotti

Pertanto, iniziando dal "capitolo sicurezza" merita di essere precisato lo scopo che è perseguito dalla disciplina contenuta negli articoli da 102 a 113 del Codice e che si può ricavare dalle premesse esposte nei *considerando* che costituiscono il preambolo con il quale si espone e si precisa la *ratio* della direttiva n. 2001/95/Ce.

Tale scopo consiste nella *prevenzione* dei rischi cui sono esposti i consumatori per la circolazione nel mercato unico europeo di prodotti potenzialmente pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori stessi.

Il mezzo, o la misura (secondo i concetti e la terminologia del Trattato, v. art. 95), per raggiungere tale scopo è stato individuato in una direttiva comunitaria (la direttiva n. 2001/95/Ce, appunto) che armonizza le legislazioni degli Stati membri della UE mediante una normativa orizzontale che stabilisce obblighi di portata generale in materia di sicurezza, a carico dei produttori e dei distributori – e, più in generale, degli operatori economici – che sono obbligati a commercializzare «esclusivamente prodotti sicuri» (v. *considerando* n. 3 e n. 4, nonché art. 3, della direttiva, recepito con l'art. 102, comma 1 e art. 104, comma 1, del Codice). Merita, a questo riguardo, di essere subito rilevata la scelta del legislatore italiano (che ha così interpretato l'obbligo statutale fissato, ex art. 7 della direttiva, di punire le violazioni di legge con sanzioni che devono essere «effettive, proporzionate ed avere efficacia dissuasiva») di punire la violazione dell'«obbligo generale» con sanzione penale a ca-

rico del produttore o del distributore (v. le fattispecie di reato configurate ex art. 112, commi 1, 2 e 3). Ne deriva, in sostanza, la configurazione codicistica di una nuova, autonoma e specifica figura di *reato contravvenzionale* di «pericolo» per il fatto della immissione sul mercato di prodotti considerabili come «pericolosi» secondo i parametri forniti dallo stesso Codice (v., in particolare, art. 103, comma 1, lett. *a.* e *b.*)⁵.

Infatti, il reato in questione si consuma con il fatto stesso della immissione sul mercato del prodotto che è considerabile come pericoloso in quanto espone a rischio la salute e la sicurezza del consumatore ed il medesimo reato si perfeziona, dunque, nel momento in cui il prodotto non ha ancora cagionato un danno al consumatore. Appare evidente la *ratio* legislativa improntata a scopi tipicamente prevenzionali che sono mirati – con vari strumenti (essenzialmente misure preventive, controlli e sanzioni: v. artt. 104, 107 e 112) – ad impedire che nel mercato unico europeo possano circolare prodotti pericolosi.

Analogamente alle discipline prevenzionali previste in materia di sicurezza sul lavoro, il reato con il quale si attenta ai fondamentali interessi del consumatore alla sicurezza contro i rischi per la sua salute, la sua vita e la sua integrità fisica, si considera consumato, con presunzione *iuris et de iure*, per il fatto stesso che sia stata posta in essere la fattispecie di pericolo prevista e disciplinata *in astratto* dal legislatore, indipendentemente da valutazioni riferibili alla sussistenza o meno di un pericolo *in concreto*, fatta salva comunque la «verosimile» pericolosità del prodotto che deve risultare desumibile da elementi di fatto (modalità costruttive, modalità di «presentazione» sul mercato, carenze di istruzioni e/o avvertenze ecc.: v. Cass. pen. sent. n. 46656 dell'8 novembre 2007, richiamata nella nota precedente).

Assume, pertanto, valore di perno centrale, attorno al quale ruota l'intera disciplina, la nozione di «prodotto pericoloso» fatta propria dal legislatore comunitario e, conseguentemente, dai legislatori nazionali dei Paesi membri della UE che sono tenuti a recepire la direttiva sulla «sicurezza generale dei prodotti».

La definizione e, dunque, un primo parametro di base per la valutazione di un prodotto come pericoloso o meno, si ricava, *a contrario*, dalla definizione di «prodotto sicuro» prevista ex art. 103, comma 1, lett. *a.* del Codice *de quo*. Infatti, ai fini di questa parte della legge speciale, («ai fini del presente titolo») si deve intendere come «prodotto sicuro» qualsiasi prodotto che «in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e la manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con

⁵ Per la giurisprudenza della Suprema Corte sulla configurabilità del reato ex art. 112 del dlgs n. 206/05 nelle distinte ipotesi previste rispettivamente dai commi 1 e 2 della disposizione medesima, v., di recente, sent. Cass. Pen., sez. III, dell'8 novembre 2007, n. 46656.

l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone in funzione, in particolare dei seguenti elementi:

1. delle caratteristiche del prodotto, in particolare la sua composizione, il suo imballaggio, le modalità del suo assemblaggio e, se del caso, della sua installazione e manutenzione;
2. dell'effetto del prodotto su altri prodotti, qualora sia ragionevolmente prevedibile l'utilizzazione del primo con i secondi;
3. dalla presentazione del prodotto, della sua etichettatura, delle eventuali avvertenze e istruzioni per il suo uso e la sua eliminazione, nonché di qualsiasi altra indicazione o informazione relativa al prodotto;
4. delle categorie di consumatori che si trovano in condizione di rischio nell'utilizzazione del prodotto, in particolare dei minori e degli anziani (...).

Per converso, secondo quanto già anticipato, si considera pericoloso qualsiasi prodotto che non risponda alla definizione sopra esposta, secondo il parametro generale ed i sotto-parametri che si ricavano dalla compiuta analisi della definizione stessa in tutte le sue articolazioni.

Per agevolare in concreto la valutazione di ogni prodotto, ai fini della legge speciale, come «sicuro» o meno il legislatore ha poi introdotto ulteriori parametri sotto forma di presunzioni appunto «legali» (e *relative*) che, ove ne ricorrano le condizioni, «possono dispensare da qualunque prova coloro a favore dei quali sono stabilite» (v. art. 105 del Codice ed art. 2727 ss. del codice civile).

Pertanto, applicando i principi generali alla disciplina speciale in esame, possono beneficiare della presunzione legale (*relativa*, è bene ribadirlo, secondo quanto sarà dimostrato qui di seguito) tutti i produttori ed i distributori dei prodotti che risultano essere conformi, nell'ordine gerarchico e condizionato rigidamente fissato ex art. 105 del Codice, alle fonti legislative comunitarie e/o nazionali o, anche, alle norme tecniche europee pubblicate sulla *Gu-Ue*, o ancora, ad altre norme tecniche od a Raccomandazioni della Commissione europea, agli eventuali *codici di buona condotta*, agli ultimi ritrovati della tecnica o, infine, al «livello di sicurezza che i consumatori possono ragionevolmente attendersi».

Nella suddetta graduatoria di «presunzioni», dunque, il primo posto è riservato alla conformità ai requisiti di sicurezza previsti da direttive⁶ e/o rego-

⁶ Il primato assegnato alle specifiche disposizioni comunitarie nella graduatoria delle presunzioni di conformità ai requisiti di «sicurezza generale» dei prodotti risulta essere saldamente basato, per un verso, sul consolidato primato del diritto comunitario rispetto al diritto interno degli Stati membri della UE e, per altro verso, sulla *fonte* di disposizioni specifiche che – ai fini della sicurezza dei prodotti – è costituita, in misura ormai nettamente prevalente, dalle c.d. «direttive comunitarie di prodotto». Queste ultime, infatti, coprono un'area vastissima che va dai beni di consumo alle attrezzature di lavoro (secondo definizioni sempre fornite dallo stesso legislatore comunitario) così da creare un *corpus* di normative comunitarie che armonizza – in tutto il mercato unico dell'Unione europea, ma con effetti allargati nell'intero Spazio economico europeo – le condizioni di commercializzazione dei prodotti sempre subordinandole al rispetto dei requisiti essenziali di sicurezza.

lamenti comunitari, (ove esistenti), mentre il secondo posto è assegnato, in modo subordinato e secondario («in mancanza di ...»), alla conformità ai requisiti di sicurezza previsti dalla legislazione vigente nello Stato membro.

Tutti gli altri criteri presuntivi trovano spazio soltanto qualora («in assenza delle ...») non sussistano disposizioni legislative di derivazione comunitaria o, anche, puramente nazionali (legislazione vigente nello Stato membro).

Ne deriva, per il fondamentale aspetto della «presunzione e valutazione della sicurezza» (v. art. 105), il carattere puramente residuale dei parametri non strettamente legislativi (quali le norme tecniche, i codici di buona condotta ecc.).

Un chiarimento risulta però essere fondamentale: alle presunzioni di leg-

Secondo il modello legislativo del "nuovo approccio" al quale è improntata tutta la produzione normativa attualmente vigente a livello comunitario, la «marcatura CE» ha assunto il ruolo di simbolo grafico da apporre sui prodotti comunitari per evidenziarne ed attestarne – ad ogni effetto di legge – la conformità a tutta la normativa applicabile ai fini della sicurezza delle persone (consumatori e/o utilizzatori professionali), degli animali domestici e dei beni. Tale marcatura può essere apposta dai fabbricanti soltanto a compimento di una procedura di valutazione di conformità dei rispettivi prodotti e sempre con riferimento a *tutte* le prescrizioni applicabili secondo l'intera normativa comunitaria di armonizzazione. Ne deriva che, ad esempio, anche nel caso di un banale prodotto "elettrodomestico", la marcatura CE dovrà essere indicativa della totale conformità ai requisiti di sicurezza comunque pertinenti sotto ogni eventuale profilo elettrico, elettronico, meccanico, termico, di incorporazione o assemblaggio in un edificio, ecc. che possa comportare un rischio per la salute e la sicurezza.

Pertanto, l'apposizione della marcatura CE comporta, per il fabbricante, l'attestazione di conformità all'intero universo normativo che risulta applicabile ad un determinato prodotto in adempimento degli obblighi previsti dalla(e) direttiva(e) comunitaria(e) allo scopo di assicurare un elevato grado di protezione dei fondamentali interessi pubblici, con riguardo anche agli interessi collettivi e diffusi dei consumatori a fruire esclusivamente di beni che soddisfino tutte le legittime aspettative, quali, in primo luogo, l'aspettativa di sicurezza nell'uso.

All'attestazione mirata a rendere visibile all'esterno – per gli stessi consumatori e per le autorità di vigilanza sul mercato – la conformità alle prescrizioni legislative mediante il simbolo grafico della suddetta marcatura CE, si accompagna normalmente una «dichiarazione CE di conformità» emessa da parte dello stesso fabbricante (o dal suo mandatario) allo scopo di fornire tutte le informazioni necessarie per identificare la normativa comunitaria di armonizzazione che sia pertinente al prodotto cui la dichiarazione si riferisce, oltre che necessarie per identificare anche il prodotto ed il suo produttore.

La valutazione di conformità di un prodotto ai requisiti di sicurezza applicabili può prevedere, oltre alla «autocertificazione» dello stesso produttore (con la dichiarazione di conformità e la marcatura CE) anche l'intervento di un c.d. «organismo notificato» che rilascia una propria «certificazione» allorché lo richieda la particolare procedura prevista dallo strumento legislativo secondo un criterio modulare che consente di adeguare le esigenze di valutazione della conformità alle prescrizioni di sicurezza in funzione della specificità del «tipo» di prodotto e del grado di rischio.

Per un quadro generale ed aggiornato dei «principi comuni» applicabili orizzontalmente alle varie normative settoriali per i prodotti commercializzati nel mercato unico europeo v. la decisione n. 768/2008/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 luglio 2009 in *Gu-Ue* n. L 218 del 13 agosto 2008, p. 82. A tale quadro comune di principi, di regole, di condizioni (e di definizioni) per la commercializzazione dei prodotti si accompagna, in modo complementare, un «quadro complessivo di regole e principi in materia di accreditamento e di vigilanza sul mercato», secondo le prescrizioni del coevo ed allineato Regolamento (Ce) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008, in *Gu-Ue* n. L 218 del 13 agosto 2008, p. 30, così da integrare la disciplina orizzontale e verticale della sicurezza dei prodotti in circolazione nel mercato unico della UE. Tale integrazione è stata prevista da questi ultimi due atti comunitari sotto ogni aspetto delle condizioni di commercializzazione, di vigilanza e di eventuale ritiro o richiamo allo scopo di garantire, in modo completo, uniforme e privo di lacune, che i prodotti effettivamente conformi ai «requisiti stabiliti dalla pertinente normativa comunitaria di armonizzazione» non pregiudichino la salute, la sicurezza «o qualsiasi altro aspetto della protezione del pubblico interesse».

ge gerarchicamente ordinate e subordinate può essere riconosciuto un carattere soltanto «relativo».

Infatti se, comunque (ad esempio per una lacuna o una carenza delle norme legislative e/o delle norme tecniche), nonostante la conformità ai criteri presuntivi, un prodotto si rivela, in concreto, pericoloso, le Autorità nazionali competenti possono adottare tutti i provvedimenti (amministrativi) del caso per impedire o limitare l'immissione del prodotto medesimo sul mercato, fatto salvo il rispetto delle procedure previste a livello nazionale e comunitario (v. artt. 108 e 110).

Ne deriva che il concetto di «pericolosità», secondo la *ratio legis* cui risulta improntata l'intera materia ora in esame, assume valore predominante rispetto ad ogni altro criterio o parametro utilizzabili, in quanto tutte le diverse valutazioni *cedono* a fronte dell'esigenza assoluta di tutelare la persona del consumatore nei valori primari di sicurezza e salute. Questa considerazione di completo ossequio alla dominante finalità di legge accentua l'importanza del collegamento tra pericolosità, rischio e soglia di rischio socialmente accettabile.

Si impone, pertanto, una delicata valutazione del rapporto costi-benefici per prodotti che hanno una utilità sociale e si mantengono entro una soglia di rischio accettabile, sempre salvaguardando il limite invalicabile che deve essere fissato ad un «livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone» (v. il fondamentale art. 103, comma 1, lett. e.).

A questo riguardo, non si potrà prescindere da valutazioni che, pur nel corretto utilizzo di tutti i parametri disponibili, (v., principalmente, artt. 103 e 105) possono risentire di oscillazioni collegabili alle diverse sensibilità dell'interprete, anche perché non è stata fornita una definizione legislativa di «rischio» (diversamente, ad esempio, da quanto avvenuto con il recente c.d. «Testo Unico» per la sicurezza sul lavoro, il dlgs n. 81/08).

Comunque, dall'insieme delle fonti comunitarie (direttive, regolamenti, guide, studi di settore ecc.), si può ricavare che rientrano nell'ambito normativo tutti i «rischi» da prodotto (industriale, ma non solo), specie se a tecnologia più o meno avanzata, quali il rischio elettrico, meccanico, chimico, di incendio ecc., purché si tratti di rischi per la persona (fisica) del consumatore.

Ne deriva l'esclusione dei rischi ambientali e di quelli riguardanti la salute degli animali e delle piante, nonché, a maggior ragione, dei rischi finanziari.

Il carattere essenzialmente prevenzionale della disciplina in esame impone una serie di misure preventive, innanzitutto, a carico dei produttori e dei distributori che sono tenuti ad attuare un sistema di «misure proporzionate in funzione delle caratteristiche del prodotto» (v. art. 104).

Le suddette misure, per quanto riguarda i produttori, comprendono elementi informativi (tra cui, in particolare istruzioni ed avvertenze), nonché elementi comportamentali nell'attività commerciale e nel rapporto con il mercato ed i consumatori, quali i controlli, l'esame dei reclami e, se necessario, il «riti-

ro» e il «richiamo» dei prodotti del mercato, secondo criteri di proporzionalità e di adeguatezza da valutare sempre in concreto rispetto all'esigenza assoluta della prevenzione contro i rischi per la salute e la sicurezza dei consumatori.

Anche ai distributori sono imposte misure preventive che fanno capo ai nuovi doveri professionali del commerciante il quale ormai è tenuto ad obblighi e/o oneri di conoscenza delle caratteristiche dei prodotti che si traducono nel divieto di fornire prodotti *pericolosi* (v., in particolare, art. 104, comma 6).

Lo *status* di «operatore professionale» che è ormai proprio del distributore impone altresì doveri di partecipazione e collaborazione (con adeguate informazioni e documentazioni) ai controlli sul mercato ed all'eventuale azione – del produttore e/o delle pubbliche autorità – per il rintracciamento dei prodotti «pericolosi» immessi nel circuito commerciale.

Tanto i produttori che i distributori, poi, sono tenuti, ove necessario qualora il prodotto commercializzato si riveli pericoloso, ad informare le pubbliche autorità competenti ed a collaborare a tutte le azioni che possono consentire, anche con il «ritiro» ed il «richiamo» dei prodotti del mercato, di prevenire i rischi per i consumatori (v. art. 104, comma 9).

A quest'ultimo riguardo, il legislatore nazionale, in attuazione dell'obbligo previsto dall'art. 106 della direttiva n. 2001/95/Ce, ha previsto e distribuito tra i vari Ministeri le rispettive competenze per materia – ed i necessari poteri – per il controllo della conformità dei prodotti rispetto agli obblighi di sicurezza previsti agli artt. 102 ss. del Codice, fatto salvo lo speciale ruolo di coordinamento, di iniziativa e di rappresentanza (nei confronti della Commissione europea) che è riservato al Ministero dello sviluppo economico.

Tutte le pubbliche amministrazioni competenti per materia a livello ministeriale possono avvalersi del supporto operativo della Guardia di finanza e dell'Agenzia delle dogane.

I poteri di controllo di cui sono dotate le pubbliche autorità competenti sono vasti, articolati e penetranti, in funzione ed in ragione progressiva del tipo di rischio riscontrabile per i prodotti in circolazione sul mercato (v. art. 107).

Pertanto, sono previsti, secondo criteri di gradualità e proporzionalità commisurabili alla finalità di legge, poteri di «ispezione» nelle fasi di produzione, confezionamento, stoccaggio e vendita, «richieste di informazioni», «prelievi di campioni», «imposizione» di «avvertenze» supplementari, imposizione di «condizioni preventive», pubblicazione di «avvisi specifici, divieti» temporanei o definitivi di commercializzazione, e «ritiro» o «richiamo» dei prodotti dal mercato.

Il Codice prevede anche disposizioni procedurali particolari e precise «garanzie» (motivazione e impugnabilità degli atti, piena cognizione e verbalizzazione degli atti stessi, partecipazione al procedimento, diritto al contraddittorio, termini di notifica ecc.) per l'esercizio del diritto alla difesa degli operatori economici (produttori e/o distributori) destinatari di provvedimenti

amministrativi che limitino o impediscano «l'immissione sul mercato di un prodotto». Al riguardo, sono espressamente (v. art. 108, comma 2) citate, in particolare, le garanzie procedurali previste per il procedimento amministrativo dagli artt. 7 ss. della legge n. 241/90.

È appositamente disciplinata (v. art. 110) anche una procedura di «notificazione e scambio di informazioni».

Infatti la direttiva n. 2001/95/Ce individua due diversi procedimenti di notifica alla Commissione europea dei provvedimenti adottabili dalle autorità nazionali nei confronti dei prodotti soggetti alla disciplina sulla «sicurezza generale». La prima procedura viene avviata – con debita motivazione – per tutti i provvedimenti adottati nei confronti di prodotti che possono presentare rischi in determinate condizioni, o per determinati soggetti, o che sono potenzialmente pericolosi (v. art. 107, comma 2, lett. *b.*, *c.*, *d.*, *e.*, *f.* e comma 3). Il secondo procedimento di «notifica» riguarda il caso particolare di «prodotti che presentano un rischio grave per i consumatori» e che pertanto richiedono una sorta di procedura d'urgenza caratterizzata da particolari requisiti di forma e di contenuto (cosiddetto sistema RAPEX).

In entrambi i casi, il legislatore nazionale ha attribuito la competenza per procedere alle notificazioni al Ministero dello sviluppo economico al quale le amministrazioni competenti ex art. 106, nonché le cancellerie e le segreterie degli organi giurisdizionali nazionali, devono tempestivamente comunicare i provvedimenti in materia adottati secondo le rispettive competenze. Parallelamente – ma in senso inverso – le decisioni (tra cui, anche, in caso di «rischio grave», la decisione riguardante il divieto di esportazione al di fuori dell'Unione europea) assunte dalla Commissione europea nei confronti dei prodotti ritenuti pericolosi in altri Stati membri sono comunicate dal suddetto Ministero alle autorità nazionali competenti per materia affinché adottino gli opportuni provvedimenti per il mercato nazionale, nel termine di venti giorni o in quello inferiore previsto eventualmente dalla decisione della Commissione europea. In tale ipotesi, la difesa delle parti interessate (produttori, distributori, associazioni di categoria, ecc.) deve essere assicurata dalle autorità nazionali che devono consentire loro la possibilità di formulare pareri e osservazioni – o, più concretamente, il più delle volte, «controdeduzioni» – entro un mese dall'adozione della decisione della Commissione europea⁷.

Merita di essere segnalato, a questo riguardo, che troppo spesso le imprese trascurano adeguate e tempestive difese fin dall'avvio della procedura, con la conseguenza di esporsi al rischio di veder espulso il proprio prodotto dall'intero mercato della UE, per ragioni vere o presunte.

Per quanto attiene all'aspetto sanzionatorio si è già rilevato come il legi-

⁷ V., sul punto, v. CAVALLLO, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, (coordinatori A. BARBA e A. BARENGHI), Milano, Giuffrè, 2008, p. 410-411.

slatore italiano abbia ritenuto che la natura della materia ed il livello dei valori da tutelare imponga la scelta della sanzione penale per colpire le violazioni più gravi, riservando la sanzione amministrativa alle violazioni meno gravi (v. art. 112).

Si è ritenuto, pertanto, che l'obiettivo comunitario (ex art. 7 della direttiva) di previsione ed applicazione di sanzioni adeguate («effettive», «proporzionate» e con «efficacia dissuasiva») possa essere raggiunto sanzionando con la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda – di diversa gravità, a seconda delle diverse fattispecie – i comportamenti del «produttore» o del «distributore»⁸ che immettono sul mercato prodotti considerati pericolosi, secondo i parametri già descritti in precedenza.

La violazione di tutti gli altri obblighi previsti dal Codice, in particolare agli artt. 104 e 107, è colpita con la sanzione penale della sola ammenda o, anche, per le violazioni meno gravi, con la sanzione amministrativa nei confronti del «produttore» e/o «fornitore» che non collabori alle attività di controllo delle pubbliche autorità o che non ottemperi ai provvedimenti delle stesse autorità o, anche, che non ponga in essere le misure preventive imposte per l'attuazione dell'obbligo di «sicurezza generale dei prodotti».

A fronte di una così dettagliata e severa disciplina del Codice per la sicurezza generale dei prodotti, diviene indispensabile precisarne il campo di applicazione.

In primo luogo, dunque, occorre fare rinvio all'art. 2, comma 1, lett. *a.*, della direttiva n. 2001/95/Ce quale matrice comunitaria dell'intera normativa. Pertanto, può affermarsi che la disciplina prevista agli articoli da 102 a 113 del suddetto Codice si applica a tutti i prodotti destinati ai consumatori o suscettibili, comunque, di essere utilizzati, in «condizioni ragionevolmente prevedibili» dai consumatori stessi, indipendentemente dal fatto che si tratti di prodotto nuovo, usato o rimesso a nuovo. Ne deriva l'esclusione dei «servizi» in quanto tali, ma l'inclusione dei prodotti che siano comunque destinati al consumatore nel «quadro di una prestazione di servizi» (vedi, anche, *considerando* n. 9 della direttiva, nonché art. 3, comma 1, lett. *e.* del Codice).

Ancora, sempre allo scopo di definire il campo di applicazione della disciplina in esame, occorre precisare che la direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti si affianca (con l'unica eccezione del settore alimentare) alle direttive verticali che disciplinano le singole tipologie *di prodotto* (ad esempio, nei settori elettrico, meccanico, dei giocattoli, dei farmaci, dei dispositivi medici ecc.), senza tuttavia sovrapporsi mai alle suddette direttive verticali di cui non risulta mai eliminata o limitata l'applicazione specifica. Ne deriva che la

⁸ Per la qualificazione come «produttore» anche del «commerciante» la cui attività può incidere sulle caratteristiche di sicurezza del prodotto v., ai fini delle sanzioni penali applicabili sent. Cass. Pen., sez. III, del 4 dicembre 2007, n. 6787.

parte del Codice qui esposta e commentata trova applicazione, in primo luogo, nei casi in cui non esista una specifica direttiva di prodotto e, in secondo luogo, nei casi in cui la direttiva esista ma non contempli taluni aspetti e/o non preveda determinati rischi o categorie di rischio che sono previsti e disciplinati in via generale dalla direttiva n. 2001/95/Ce (si pensi, ad esempio, ai nuovi, o non adeguatamente (finora) valutati rischi da emissione di onde elettromagnetiche nel settore elettrico).

In definitiva, il concorso fra le varie norme applicabili in materia di sicurezza dei prodotti può essere regolato sulla base del principio di specialità, così da privilegiare la norma *speciale*, ma curando sempre di valutare tutte le possibili integrazioni complementari e tutte le possibili forme di coordinamento tra disciplina *generale* e *speciale* in modo che, complessivamente, la prevenzione contro i rischi e la sicurezza del consumatore risultino quanto più è possibile completate e potenziate nell'acquisto e nell'uso di qualsiasi prodotto in circolazione nel mercato unico europeo.

2. La responsabilità per danno da prodotto

La disciplina della responsabilità per danno da prodotto⁹, secondo le disposizioni previste negli articoli da 114 a 127 del Codice, tutela i consumatori sotto un profilo *privatistico* e risarcitorio (*ex post*) che si distingue dal profilo essenzialmente *pubblicistico* del controllo (*ex ante*) di natura generale e preventiva che è proprio – rispetto al danno da prodotto – della disciplina sulla sicurezza generale dei prodotti.

È in questo senso, infatti, che deve essere interpretata la norma di raccordo e di coordinamento che è contenuta nell'art. 111 del Codice nel quale si afferma che «sono fatte salve le disposizioni di cui al titolo secondo in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi».

Il suddetto «Titolo secondo» contiene infatti la disciplina speciale della responsabilità del produttore per danni derivanti dalla circolazione di prodotti difettosi (artt. da 114 a 127 del Codice secondo il principio lapidariamente enunciato dall'art. 114: «il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto»).

Si tratta essenzialmente di una disciplina risarcitoria di natura civile ed extra-contrattuale che è stata assimilata – sulla scia di esperienze nordamericane – al modello della responsabilità oggettiva in quanto il presupposto clas-

⁹ Per un quadro della normativa comunitaria e dell'esperienza internazionale nella specifica materia v. A. ODDO, *La responsabilità del produttore nella normativa comunitaria e nell'esperienza internazionale*, in *Riv. Giovani Avvocati*, 1990, p. 9 ss. Per una recente pronuncia della Suprema Corte v. sent. Cass. civ., sez. III, dell'8 ottobre 2007, n. 20985. Per la giurisprudenza di merito più recente, v., tra l'altro, sent. Trib. civ. di Caltanissetta, n. 565/2008 (*Eredi Li Calzi Luigi c. Renault S.A. e Renault Italia S.p.A.*).

sico dell'illecito civile sotto il profilo *soggettivo* – dolo o colpa – viene sostituito dall'elemento del «difetto» del prodotto, restando immutati i presupposti *oggettivi* del danno e del rapporto di causalità.

L'accento è dunque spostato, ai fini di quest'ultima disciplina, sulla *difettosità* e *dannosità* (non già dunque semplice *pericolosità*) del «prodotto» per il consumatore.

Assume conseguentemente importanza centrale la nozione di «prodotto difettoso» secondo il parametro della «sicurezza che ci si può legittimamente attendere» la cui grande elasticità richiede la valutazione di tutte le circostanze del caso tra le quali, comunque, devono essere considerate tre categorie particolari che assumono valore di parametri ineludibili ai fini del giudizio (art. 117).

Tali parametri riguardano espressamente e specificamente, in primo luogo, le modalità di immissione del prodotto sul mercato, la sua presentazione (ivi compresa la pubblicità), le sue caratteristiche palesi (ad esempio, la punta di un trapano o la lama di una sega), le istruzioni per l'uso e le avvertenze contro i pericoli. In secondo luogo, non possono essere trascurate, ai fini del giudizio di difettosità o meno del prodotto, le considerazioni relative all'«uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato» ed i comportamenti che, in relazione a tale uso, si possono prevedere, sempre «ragionevolmente» e, dunque, con valutazione che non include soltanto l'uso normale e tipico del prodotto ma anche altri usi che, pur relativamente atipici, tuttavia devono essere considerati secondo l'esperienza e la tecnica applicabili nello specifico settore produttivo. Infine, si impone la considerazione del «tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione», non potendosi evidentemente considerare difettoso il prodotto rispetto al quale sia mutata, dal momento della «messa in circolazione del prodotto» (art. 119), la legislazione applicabile e/o lo stato dell'arte, in tutti i casi nei quali il prodotto medesimo, sempre al momento della «messa in circolazione del prodotto», possa risultare pienamente conforme tanto all'una (la legislazione) che all'altro (lo stato dell'arte).

Nell'ambito della disciplina speciale ora in esame assume valore fondamentale anche la definizione di «prodotto», con riferimento ad ogni «bene mobile» (art. 115) e con esclusione, dunque, dei *beni immobili* e dei *servizi*. Assume altresì valore fondamentale l'amplissima definizione di «prodotto» (vedi art. 115, comma 2 *bis*), nonché il carattere puramente eventuale e subordinato della responsabilità del «fornitore», con la relativa disciplina procedurale (vedi art. 116), e la nozione di «messa in circolazione del prodotto» (vedi art. 119).

Anche il regime dell'onere della prova (art. 120) risulta coerente con una forma attenuata di responsabilità oggettiva che comporta una ripartizione dell'onere probatorio ponendo a carico del «produttore» la dimostrazione delle circostanze esimenti – ovvero delle speciali cause di giustificazione – che

sono tassativamente previste dall'art. 118 – quando, però, il consumatore – in veste di attore – abbia assolto l'onere della prova relativamente ai tre elementi che sono stati qui precedentemente indicati: il danno, il difetto ed il nesso di causalità tra l'uno e l'altro. La conclusione secondo la quale non si tratta di un regime di responsabilità oggettiva in senso pieno – e, tanto meno, in senso assoluto – è avvalorata dalla rilevanza attribuita, ex art. 1227 del codice civile, alla colpa concorrente o esclusiva del danneggiato, così da ridurre o escludere il risarcimento del danno in ragione di comportamenti colposi dello stesso danneggiato (art. 122 del Codice).

Assume rilevanza speciale anche – rispetto al regime di diritto comune ex art. 2055 del codice civile – la disciplina della «pluralità di responsabili» (art. 121 del Codice) che attribuisce nuova e specifica rilevanza, per lo scopo di determinare la misura del regresso verso i corresponsabili, al criterio della «dimensione del rischio riferibile a ciascuno».

Del pari speciale risulta la disciplina del danno risarcibile con riferimento esclusivamente a fattispecie di danno fisico e materiale arrecato a persone e/o cose, con esclusione, pertanto, dei danni aventi natura diversa, come, ad esempio, i danni puramente economici e finanziari eventualmente connessi alla difettosità del prodotto.

È da rimarcare, a questo riguardo, al fine di sgombrare il campo da ricorrenti equivoci, come la prima delle ipotesi considerate dalla norma (art. 123, lett. *a.*, «danno cagionato dalla morte o dalle lesioni personali») preveda una disciplina applicabile non soltanto ai «consumatori» ma anche ai lavoratori eventualmente danneggiati dal difetto di sicurezza di un prodotto costituito da una attrezzatura di lavoro.

Di particolare rilievo, ancora, si rivela l'incidenza della disciplina ex art. 124 del Codice sulla disciplina contrattuale prevista dal codice civile in quanto si considerano nulli – con riferimento alla responsabilità da prodotto – tutti i patti relativi alla preventiva limitazione di responsabilità che, nel regime tradizionale ex artt. 1341, secondo comma e 1229 del medesimo codice civile, potrebbero, a certe condizioni, risultare validi ed efficaci.

Costituiscono altresì elementi caratterizzanti della disciplina speciale il termine breve (tre anni) ed il particolare regime della «prescrizione» (art. 125), nonché il regime anomalo della «decadenza» che limita nel tempo (dieci anni) l'esposizione alla responsabilità del produttore, introducendo in tal modo una fattispecie di estinzione del diritto al risarcimento allorché sia decorso il periodo «di dieci anni dal giorno in cui il produttore o l'importatore nell'Unione europea ha messo in circolazione il prodotto che ha cagionato il danno» (art. 126).

Deve, infine, essere evidenziato il rapporto (art. 127) tra la disciplina *speciale* introdotta nell'ordinamento giuridico italiano con il recepimento della direttiva n. 85/374/Cee e le altre norme dello stesso ordinamento, in quanto

la nuova disciplina *speciale* di derivazione comunitaria sulla responsabilità per danno da prodotto «non esclude né limita i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi». Ben potrà, pertanto, il consumatore azionare altri e diversi strumenti di tutela previsti dall'ordinamento italiano sia a titolo contrattuale che extra-contrattuale, sia con riferimento alla classica responsabilità aquiliana che con riferimento alle forme di responsabilità indiretta od oggettiva previste dal codice civile (v., in particolare, artt. 2049 e 2050). A quest'ultimo riguardo continua ad essere utilizzabile, in particolare, il regime generale della responsabilità per colpa, ex artt. 2043 ss. del codice civile, quando se ne manifesti per il consumatore l'opportunità o la necessità, come, ad esempio, nelle ipotesi di fattispecie di danno risarcibile che non siano previste dalla disciplina *speciale* o nelle ipotesi di decorrenza dei termini brevi e o anomali di prescrizione e/o di decadenza che sono previsti dalla disciplina speciale per l'esercizio del diritto al risarcimento del danno. Peraltro, sotto il profilo del diverso regime probatorio, potrà risultare più conveniente per il consumatore, considerando il particolare settore industriale di riferimento (ad esempio il settore farmaceutico), esercitare i propri diritti risarcitori sulla base dell'art. 2050 del codice civile, piuttosto che sulla base del regime di responsabilità "semi-oggettiva" prevista ex artt. 114 ss. del Codice.

Il regime speciale di responsabilità introdotto da quest'ultimo Codice si affianca, altresì, al nuovo e rafforzato regime di responsabilità contrattuale che è previsto agli artt. 128-135 del Codice stesso.

Come era prevedibile in considerazione della portata innovativa della direttiva comunitaria n. 85/374/Cee rispetto all'assetto tradizionale degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea, la Corte di giustizia della medesima Unione europea è più volte intervenuta – secondo il proprio ruolo istituzionale – per pronunciarsi su questioni interpretative della direttiva stessa o nell'ambito delle *procedure di infrazione* instaurate dalla Commissione europea nei confronti degli Stati membri ex art. 226 del Trattato o, anche, su sollecitazione delle parti interessate (soggetti danneggiati) nel corso di procedimenti interni all'ordinamento nazionale degli Stati membri della UE, ex art. 234 del Trattato, allorché sia stata sollevata nel procedimento pendente la questione pregiudiziale di diritto comunitario.

A questo riguardo assume dunque particolare interesse la giurisprudenza della Corte di giustizia ed, in particolare, la sentenza del 29 maggio 1997 in causa n. C-300/95 con la quale è stata affrontata la più delicata delle questioni interpretative del testo della direttiva n. 85/374/Cee, con riferimento alla effettiva portata della causa esimente della responsabilità del produttore che è prevista dall'art 7, lett. e., attualmente recepita con l'art. 118, comma 1, lett. e. del Codice: il c.d. «rischio di sviluppo» nell'era industriale e *post-industriale*.

Sulla portata della sentenza sopra richiamata occorre, pertanto, ritornare e soffermarsi nella parte successiva di questa relazione, salvo far precedere ora

il quadro generale e completo delle ipotesi di esclusione della responsabilità (art. 118 del Codice).

Secondo quanto già rilevato, infatti, il carattere oggettivo (ma non assoluto) della responsabilità in esame è attenuato dalla previsione di un elenco (tassativo) di cause di esclusione della responsabilità il cui onere della prova ricade sul produttore ex art. 120 del Codice.

Si tratta di ipotesi eterogenee perché in alcuni casi (art. 118, lett. *a.*) la responsabilità oggettiva è esclusa dal carattere non intenzionale della «messa in circolazione del prodotto» e, pertanto, dal venir meno di un sostanziale presupposto del regime speciale di responsabilità.

In altra ipotesi, (art. 118, lett. *b.*) la responsabilità è esclusa in considerazione della non imputabilità del difetto al produttore con riferimento al momento della «messa in circolazione del prodotto», ossia in considerazione di difetti che non sono originari della produzione in quanto sono insorti in un momento successivo (ad esempio nelle fasi di installazione o manutenzione).

Assume altresì rilevanza di causa esimente (art. 118, lett. *d.*) l'ipotesi di una attività del produttore che non possa essere considerata *contra ius* in quanto è stata realizzata *secundum ius* e, più precisamente, in conformità a norme imperative di legge.

Infine, l'esclusione della responsabilità può essere collegata, qualora ricorrano determinate condizioni, al particolare ruolo del produttore che non sia un produttore finale, bensì un produttore *parziale* – un *sub* fornitore – che non può essere tenuto a rispondere per difetti del prodotto che sono interamente imputabili al produttore finale il quale abbia utilizzato difettosamente il componente – in sé e per sé non difettoso – fornito dal produttore parziale in veste di sub-fornitore (si pensi alle ipotesi di errato assemblaggio, errata concezione complessiva del prodotto o errate specifiche tecniche imposte dal produttore finale in veste di committente).

Ma, come anticipato, la *vexata quaestio* che ha più volte suscitato un acceso dibattito nel corso dei lavori preparatori della direttiva e che ha maggiormente contribuito – quale pomo della discordia – al prolungamento della durata (per oltre dieci anni!) dei lavori stessi, riguarda la causa di esclusione della responsabilità che è attualmente prevista dal Codice all'art. 118, lett. *e.*, con riferimento al caso in cui lo «stato delle conoscenze scientifiche e tecniche» al momento della messa in circolazione del prodotto, «non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso» (art. 118, comma 1, lett. *e.*).

A questo specifico riguardo la sentenza della Corte di giustizia del 29 maggio 1997 in causa n. C-300/95¹⁰ – *Commissione delle Comunità europee*

¹⁰ In *Raccolta*, 1997, I, p. 2649 ss. e in questa *Rivista*, 1998, p. 361 ss. con commento di A. ODDO, *Responsabilità del produttore e direttiva n. 85/374/Cee: lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche quale causa di esclusione della responsabilità nella interpretazione della Corte di giustizia*, p. 367 ss. Tra i primi commenti v. anche DI NEPI, *Danni da sviluppo e responsabilità del*

e c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord – riveste particolare importanza in quanto la direttiva n. 85/374/Cee¹¹ sul «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi» è stata per la prima volta sottoposta all'esame della Corte medesima ed in quanto – come già rilevato – tale esame ha riguardato il tema che i lavori preparatori della direttiva avevano evidenziato come il più spinoso dell'intera materia: il c.d. «rischio di sviluppo».

È significativo, a questo riguardo, ricordare come la sofferta questione della rilevanza giuridica attribuibile o meno allo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, quale causa di esclusione della responsabilità del produttore, sia stata al centro del dibattito durante il lungo e travagliato *iter* preparatorio della direttiva e come la ritardata emanazione di quest'ultima sia stata dovuta alla persistente difficoltà di raggiungere – sullo specifico punto in esame e su due altri punti ancora¹² – un accordo tra gli Stati membri in modo da rimuovere la posizione di stallo venutasi a determinare per lungo tempo in sede comunitaria.

Per superare contrasti altrimenti insanabili e sbloccare il procedimento dalle secche in cui si era arenato non si è data altra soluzione se non quella di un compromesso¹³ che ha, peraltro, notevolmente ridotto il grado di armoniz-

produttore, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 1390.

¹¹ *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29.

¹² I diversi punti del disaccordo avevano riguardato, oltre al c.d. «rischio di sviluppo» di cui alla sentenza in causa n. C-300/95 del 29 maggio 1997, *cit. supra*, nota 10, anche l'introduzione, o il mantenimento, nell'ordinamento degli Stati membri di un massimale legislativamente determinato per fungere da "tetto" all'importo degli indennizzi dovuti a titolo di *responsabilità oggettiva da prodotto difettoso*, nonché l'inclusione «dei prodotti agricoli di base» nel campo di applicazione della direttiva.

Soltanto su quest'ultimo punto è intervenuto, in senso modificativo, il legislatore comunitario con una proposta di direttiva (v. *infra*, nota 13) con la quale gli Stati membri vengono privati del potere di scelta in merito al regime di responsabilità applicabile ai prodotti agricoli «naturali» in quanto prodotti agricoli «non trasformati».

¹³ Nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio per la modifica alla direttiva n. 85/374/Cee si riconosce, infatti, che «il grado di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri raggiunto con la direttiva non è totale, in quanto sono previste delle deroghe, soprattutto per quanto riguarda il campo di applicazione, dal quale sono esclusi i prodotti agricoli non trasformati» (3° *considerando* della proposta di direttiva n. 97/C 337/12 - Com(97)478 def - 97 0244 (COD.), pubblicata in *Guce* n. C 337 del 7 novembre 1997, p. 54). Nella *Relazione* che ha accompagnato il progetto di modifica della direttiva comunitaria si è ritenuto di precisare che «nonostante l'impegno con cui la Commissione ha affrontato la discussione della direttiva in seno al Consiglio, l'armonizzazione risultante dalla direttiva del 1985 non è completa. L'unanimità richiesta per l'adozione del testo basato sull'art. 100 del Trattato ha infatti indotto a trovare, su diversi punti della proposta della Commissione, soluzioni di compromesso che hanno portato alla fissazione di una regola generale alla quale gli Stati membri possono derogare per un periodo transitorio (artt. 15 e 16) al termine del quale, su proposta della Commissione, devono adottare una soluzione definitiva (...)».

Successivamente però, si legge nelle motivazioni della proposta normativa, al fine di «ripristinare la fiducia dei consumatori nella sicurezza della produzione agricola» ed al fine di garantire *un livello elevato di protezione dei consumatori* (5° *considerando*) si stabilisce che «il principio della responsabilità oggettiva di cui alla direttiva n. 85/374/Cee deve essere applicato a qualsiasi tipo di prodotto, compresi i prodotti agricoli, come definiti all'art. 38, par. 7, seconda frase del Trattato ed

zazione legislativa in quanto ha lasciato gli Stati liberi di fare valere una opzione (art. 15, comma 1, lett. b.) diversa rispetto alla soluzione infine adottata dal legislatore comunitario in favore della esclusione della responsabilità del produttore quando «lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso» (art. 7, lett. e.).

Apparivano pertanto in qualche modo risolte le questioni legate alla formulazione del testo comunitario ma restavano ovviamente aperti tutti i problemi legati alla "fedeltà" della trasposizione di questo delicatissimo e sofferto aspetto della direttiva comunitaria nelle legislazioni nazionali. In particolare la dottrina più attenta non mancava di rimarcare talune "sbavature" nel passaggio dalla direttiva ai testi nazionali rilevando, in particolare, un evidente stemperamento della formula nella legge inglese (sec. 4.1, c.) con riferimento al punto in cui si allude ad una situazione per la quale un produttore «might be expected to have discovered the defect», in tal modo introducendo un potenziale elemento di "soggettivismo" contrastante con il carattere "oggettivo" proprio dello speciale regime di responsabilità secondo la dizione e lo spirito della direttiva comunitaria¹⁴.

Da parte della dottrina inglese, a questo riguardo, non è mancato chi ha

i prodotti di cui all'Al. II del Trattato stesso».

La modifica normativa proposta costituisce, peraltro, accoglimento di una specifica raccomandazione formulata – sulla base dei lavori della commissione temporanea d'inchiesta in materia di encefalopatia spongiforme bovina (Rapporto MEDINA, doc. 220.554) – dal Parlamento europeo che ha invitato la Commissione, il Consiglio e gli Stati membri ad adottare «tutti i provvedimenti necessari» per far rientrare nel campo di applicazione della direttiva anche la responsabilità per danno da prodotti agricoli «naturali». Per il resto può rilevarsi come a distanza di dieci anni dall'emanazione della direttiva medesima, la Commissione abbia adottato, ex art. 15, 3° comma della direttiva n. 85/374/Cee, la prima relazione sulla applicazione della nuova disciplina negli ordinamenti degli Stati membri e sui relativi effetti per il buon funzionamento del mercato interno e la protezione dei consumatori (Com (95)617, del 13 dicembre 1995). Sulla base delle informazioni raccolte la Commissione non aveva ritenuto necessario presentare proposte di modifica, limitandosi a raccomandare la necessità di tenere pienamente sotto controllo alcuni aspetti che hanno un'incidenza particolare sulla protezione dei consumatori come, ad esempio, l'esclusione dei prodotti agricoli naturali. Per quest'ultimo aspetto, evidentemente nel mirino dell'attenzione comunitaria, la situazione normativa si è dunque gradualmente evoluta attraverso le "indicazioni" della Commissione nel 1995 e le Raccomandazioni del Parlamento europeo nel settembre del 1997 nonché, da ultimo, la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, presentata dalla Commissione e pubblicata in *Guce* n. C 337 del 7 novembre 1997, p. 54. Per un'analisi del progetto originario di direttiva v. A. ODDO, *La responsabilità del produttore nel progetto di direttiva CEE*, in questa *Rivista*, 1979, p. 179.

¹⁴ V. – anche per le puntuali citazioni della dottrina inglese – il commento di BIN in ALPA - BIN - CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, p. 139, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, diretto da Galgano, Padova, Cedam, 1989. Per una panoramica sulle leggi di attuazione della direttiva nei Paesi membri v. CAPELLI (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Parma, Edizioni Zara, 1988; COSSU (a cura di), *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore*, Padova, Cedam, 1990, ove, in particolare (p. 173 ss.) per l'esperienza inglese si richiamano le opere di CARDWELL, *The consumer protection act 1987: enforcement of provisions governing goods*, in *Modern Law Review*, 1987, p. 622-638; CLARK, *The Consumer Protection Act 1987*, in *Modern Law Review*, 1987, 614-622; REICH, *Product safety and product liability – an analysis of the EEC Council Directive of July 1985*, in *Journal of Consumer Policy*, 1986, p. 133-151.

considerato questa formulazione legislativa come una «victory for the producer's lobby»¹⁵. La questione legata al «rischio di sviluppo» nel quadro della responsabilità del produttore, dopo essere stata al centro del dibattito legislativo in sede comunitaria, ha infatti suscitato – anche con riferimento al "caso inglese" – un vivace dibattito dottrinale cui fa seguito, ora, la giurisprudenza costituita dalla pronuncia della Corte che è necessario, qui di seguito, valutare in tutta la sua portata.

La sentenza ha statuito sul ricorso presentato dalla Commissione delle Comunità europee in attuazione dell'art. 169 (al tempo del contenzioso, ora, sostituito dall'art. 226 del Trattato CE) allo scopo di «far costatare» l'infrazione commessa dal Regno Unito per non aver correttamente trasposto nel proprio ordinamento la direttiva n. 85/374/Cee sulla «responsabilità del produttore», con particolare riferimento al suo art. 7, lett. *e*.

In attuazione dell'art. 19 della direttiva medesima, infatti, gli Stati membri avrebbero dovuto prendere le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni dell'atto comunitario al più tardi entro il 30 luglio 1988. Il Regno Unito aveva provveduto tempestivamente al recepimento per mezzo del *Consumer Protection Act* che è entrato in vigore il 1° marzo 1988 e la cui prima parte (art. 1, par. 1) recita testualmente che «la presente parte ha per oggetto e per effetto di adottare le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi e sarà interpretata in questo senso».

In particolare la sezione 4 (1) (e) mira a recepire l'art. 7, lett. *e*. della direttiva disponendo che la responsabilità civile per danno da prodotto difettoso può essere esclusa se il produttore prova che «lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento della messa in circolazione del prodotto non permetteva ai produttori di prodotti analoghi al prodotto in causa di scoprire il difetto esistente durante il periodo in cui i prodotti si trovavano sotto la propria sfera di controllo».

La Commissione aveva ritenuto questa formulazione legislativa non corretta rispetto al testo della direttiva da trasporre ed aveva pertanto instaurato nei confronti del Regno Unito il 26 aprile 1989 una procedura di infrazione in base all'art. 169 (ora art. 226) del Trattato. A seguito dell'atto di messa in mora il Regno Unito aveva sostenuto le proprie posizioni facendo valere la propria libertà, ai sensi dell'art. 189 (ora sostituito dall'art. 249) del Trattato, di adottare, nella trasposizione di una direttiva, formulazioni diverse rispetto a quelle del testo comunitario, purché rispettose del risultato da raggiungere secondo gli obiettivi della direttiva stessa. La procedura si è poi sviluppata con il parere motivato e gli atti successivi fino alla presentazione del ricorso alla Corte di giustizia in quanto la Commissione, pur prendendo atto del diritto di

¹⁵ CLARK, *The Consumer Protection Act 1987*, in 50 *M.L.R.*, 1987, p. 619.

uno Stato membro di scegliere – nel rispetto degli obiettivi comunitari – i modi e le forme del recepimento normativo, ha ritenuto comunque, pur modificando le posizioni iniziali, di adire la Corte, con specifico riferimento alla formulazione della sezione 4 /1) (e) che riguarda la rilevanza giuridica dello stato della scienza e della tecnica quale causa di esclusione delle responsabilità del produttore. Su questo punto, secondo le argomentazioni della Commissione, il testo inglese non avrebbe potuto essere "salvato" neppure dalla regola generale della sezione 1 (1) della medesima legge secondo la quale tutte le «disposizioni pertinenti» devono essere «interpretate conformemente alla direttiva».

La Commissione aveva infatti considerato il testo della legge inglese sostanzialmente contrastante rispetto al testo comunitario, cosicché «le giurisdizioni nazionali» non avrebbero potuto conformarsi a quest'ultimo se non fornendo una interpretazione nettamente contrastante con la propria legge e quindi, in definitiva, *contra legem*. L'irrigidimento della Commissione sullo specifico punto (tutte le altre *contestazioni* iniziali essendo state abbandonate nel corso della procedura d'infrazione) è stato motivato con la considerazione, già vivacemente caldeggiata da una parte della dottrina inglese, che la formulazione adottata dal Regno Unito avrebbe consentito di "snaturare" il sistema di responsabilità oggettiva introdotto dalla direttiva n. 85/374/Cee trasformandolo in una semplice responsabilità per colpa.

Mentre, infatti, il testo comunitario si riferisce oggettivamente allo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche senza attribuire alcuna rilevanza ai comportamenti soggettivi del fabbricante del prodotto in questione o dei fabbricanti di prodotti analoghi, il testo inglese sposterebbe, secondo la Commissione, l'attenzione sul comportamento di un «produttore tipo» – rispetto alla categoria dei prodotti in questione – e sulla diligenza mediamente dovuta dai produttori nel settore di riferimento.

Ne deriverebbe, pertanto, la possibilità, per il fabbricante del prodotto difettoso, di esonero da responsabilità, semplicemente dimostrando il rispetto di tutte le cautele doverosamente impiegabili secondo la pratica del settore e, sotto questo profilo, l'impossibilità di scoprire il *difetto* tenendo conto dello stato delle conoscenze scientifiche e tecniche. In tal modo si perverrebbe, tutt'al più, ad una valutazione della colpa qualificata in senso professionale con riferimento ad un parametro agganciabile alla categoria di riferimento anziché ad un parametro genericamente soggettivo, ma si tratterebbe pur sempre di *colpa* e non già di responsabilità rigorosamente oggettiva con riferimento esclusivo allo stato della conoscenze scientifiche e delle applicazione tecniche.

A sostegno del proprio ricorso, peraltro, la Commissione non aveva mancato di citare le numerose "perplexità" emerse durante il dibattito parlamentare alla Camera dei *Lords* nei confronti della formulazione dell'art. 4, par. 1, lett. e. della legge, nonché le "medesime perplexità" manifestate da autorevo-

li esponenti della dottrina britannica¹⁶.

Secondo le opposte tesi del Governo del Regno Unito, i criteri di responsabilità adottati dal testo di legge inglese non sarebbero sostanzialmente diversi da quelli previsti dalla direttiva comunitaria perché si tratterebbe, in un caso come nell'altro, di responsabilità oggettiva.

L'oggettività dei criteri ricavabili dalla formulazione del testo inglese risulterebbe pienamente conforme agli obiettivi comunitari in quanto sarebbe riconducibile a valutazioni dipendenti non già dalle conoscenze soggettive del singolo produttore in causa, bensì dallo stato di conoscenze obiettivamente esigibili nei confronti della categoria di fabbricanti di prodotti «analoghi» a quello *sub judice*. E sarebbe questa, e non altro, secondo il Governo del Regno Unito, il livello di oggettività effettivamente previsto e richiesto dalla disposizione comunitaria dell'art. 7, lett. e. della direttiva secondo il principio di «giusta ripartizione dei rischi tra il danneggiato ed il produttore» espressamente enunciato nel settimo *considerando* della direttiva.

Qualora, invece, l'interpretazione di quest'ultima dovesse essere intesa, così come proposto dalla Commissione, con specifico riferimento all'art. 7, lett. e., in termini assoluti, così da condizionare l'effetto liberatorio della causa di esclusione della responsabilità alla dimostrazione che «nessuno al mondo» possedeva conoscenze tecnico-scientifiche adeguate a scoprire il «difetto» ne deriverebbe di fatto, secondo il Governo del Regno Unito, l'inapplicabilità della disposizione con la conseguenza che lo strumento difensivo da essa previsto risulterebbe privato di effettiva utilità riducendosi ad una pura astrazione.

Il contenzioso in tal modo instaurato ha dunque richiesto alla Corte di pronunciarsi, in primo luogo, sull'interpretazione di quella portata delle «conoscenze scientifiche e tecniche al momento della messa in circolazione del prodotto» che era stata al centro dei più animati dibattiti già durante i lavori preparatori della direttiva. E sul punto appare netta la posizione assunta nella sentenza relativa causa n. C-300/95 quando, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato Generale, si afferma che la nozione di «stato delle conoscenze scientifiche e tecniche» non consente un ancoraggio – ed una riduzione – alla pratica ed alle norme di sicurezza in uso nel settore industriale di riferimento. Al contrario tale stato di conoscenze deve essere considerato senza alcuna restrizione, con la conseguenza di includere anche i suoi livelli più avanzati esistenti al tempo della messa in circolazione del prodotto.

Ne deriva, pertanto, l'irrilevanza – ai fini della prova liberatoria – di ogni valutazione collegabile allo stato delle conoscenze che il produttore in causa o, come precisato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, l'intero settore industriale di riferimento, possedeva al tempo della commercializzazione del prodotto. Il parametro utilizzabile è, piuttosto, quello delle conoscenze di un

¹⁶ V., tra l'altro, le citazioni contenute *supra*, note 9 e 10.

esperto di settore¹⁷.

Ed ancora, rispondendo alla *vexata quaestio* relativa alla possibilità di comprendere nello stato delle conoscenze, rilevante ai fini della direttiva, anche le eventuali opinioni scientifiche minoritarie o, addirittura, una singola voce isolata, si giunge ad affermare nettamente la rilevanza giuridica, senza alcuna restrizione interpretativa, del livello più avanzato delle conoscenze esistenti in un determinato momento storico.

La portata di quest'ultima conclusione può essere corretta e limitata, secondo la Corte, unicamente sulla base della effettiva disponibilità di informazioni che, con riferimento al momento della messa in circolazione del prodotto, avrebbero potuto consentire la scoperta del difetto.

Interessanti risultano, anche a questo riguardo, le conclusioni dell'Avvocato Generale nel punto in cui si afferma che «Più generalmente lo stato delle conoscenze disponibili deve essere inteso in modo da comprendere tutti i dati figuranti nel circuito di informazione della comunità scientifica nel suo insieme, tenendo conto tuttavia, secondo un criterio di buon senso, delle possibilità concrete di diffusione sul mercato».

Non si può infatti realisticamente, neppure in un contesto di «responsabilità oggettiva», mettere sullo stesso piano, da una parte, l'informazione scientifica pubblicata in lingua inglese e su una rivista internazionale e, dall'altra, le pur interessantissime tesi sostenute, secondo l'esempio citato, da uno studioso della Manciuria e pubblicate in lingua cinese sulla rivista scientifica locale che non supera i confini della regione.

Al di là delle più evidenti esemplificazioni collegabili a casi estremi, tuttavia, secondo la Corte, la questione della effettiva disponibilità ed accessibilità all'informazione scientifica-tecnica risultante di volta in volta «pertinente» non potrà non dar luogo a difficoltà interpretative la cui delicata soluzione, negli immancabili contenziosi, non potrà che essere affidata al giudice nazionale, ricorrendo, all'occorrenza, all'applicazione dell'art. 234 CE per la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia in via pregiudiziale.

Al di là, pertanto, dell'esito di questa procedura di infrazione ex art. 226 del Trattato CE – che ha visto soccombente la Commissione promotrice in quanto la formulazione adottata dal legislatore inglese non è apparsa, in sé e per sé, in contrasto con le disposizioni della direttiva – resta assodato il principio interpretativo elaborato dalla Corte di giustizia con riferimento alla effettiva portata ed ai limiti della particolare causa di giustificazione della responsabilità del produttore che è costituita dal c.d. «rischio di sviluppo».

¹⁷ Sul punto appaiono particolarmente severe – al di là del riferimento settoriale – le conclusioni ricavabili dalle esemplificazioni contenute nelle conclusioni dell'Avvocato Generale nella parte in cui si afferma: «Ad esempio, se un chimico od un farmacologo devono essere aggiornati sulle caratteristiche di una certa sostanza, analoghe conoscenze saranno richieste, ai fini che qui rilevano, all'industriale che produca farmaci contenenti la medesima sostanza».

Assumono, in definitiva, particolare importanza i chiarimenti autorevolmente intervenuti su elementi che sono spesso addotti per "giustificare" eventuali difetti di sicurezza dei prodotti industriali ma che non possono assumere, nel contesto della responsabilità oggettiva disegnata e circoscritta dalla direttiva n. 85/374/Cee, alcuna rilevanza.

Ci si riferisce ora in modo particolare, tra l'altro, ai frequenti equivoci che circondano gli *standard* di settore e la normativa tecnica nazionale, europea ed internazionale (ad esempio UNI, CEI, EN, ISO, IEC, ecc.) ai quali si vorrebbe troppo spesso attribuire *tout court* – in caso di conformità – valore di causa di giustificazione a tutti gli effetti della responsabilità del produttore per danni da prodotto difettoso.

Antonio Oddo**

** Avvocato in Milano; Professore a contratto / Università degli Studi di Pavia.

ASPETTI LEGALI DELL'ACQUISTO DI UN APPARTAMENTO A NEW YORK

Sommario: *Premessa* - **I.** *L'identificazione di un appartamento* - **a.** Condominium Apartment - **b.** Cooperative Apartment - **II.** *La ricerca di un mutuo ipotecario* - **III.** *L'offerta* - **IV.** *Le verifiche legali precedenti la firma del contratto* - **V.** *La firma del contratto di compravendita* - **VI.** *I preparativi per il closing* - **VII.** *Scegliere una forma di proprietà* - **a.** Sole Ownership - **b.** Joint Tenancy with Right of Survivorship - **c.** Tenancy by the Entirety - **d.** Tenancy in Common - **VIII.** *Il closing.*

Premessa

Alla luce del recente calo dei prezzi risultante dalla "tempesta *subprime*", é probabile che molti cittadini italiani stiano valutando la possibilità di acquistare un appartamento a New York per uso personale, o per affittarlo o concederlo in uso a familiari che studiano o lavorano a New York.

Questa comunicazione¹ descrive i principali aspetti legali che caratterizzano il processo d'acquisto di un appartamento a New York. Non saranno esaminati gli aspetti fiscali relativi all'acquisto che potranno comunque essere discussi con un commercialista (c.d. «*Certified Public Accountant*») o un avvocato fiscalista.

¹ La presente comunicazione desidera fornire informazioni di carattere generale relative all'argomento trattato. Le informazioni qui contenute non devono essere intese come parere legale né come disamina esaustiva di ogni aspetto relativo alla materia oggetto del documento. Per ottenere chiarimenti riguardo all'argomento trattato è possibile contattare l'Autore (e-mail: massimo_manzoni@yahoo.com).

I. L'identificazione di un appartamento

Un possibile approccio per identificare un appartamento è quello di leggere annunci su quotidiani o internet, e poi visionare l'appartamento prescelto recandosi direttamente ad una «*open house*».

Alla *open house*, il potenziale compratore visiterà l'appartamento in vendita ed incontrerà l'agente o broker che lo pubblicizza (c.d. «*listing agent*»). Il *listing agent* fornirà informazioni utili al compratore e faciliterà il processo di compravendita, ma è opportuno ricordare che i *listing agent* sono comunque obbligati a tutelare esclusivamente gli interessi del venditore, non quelli del compratore.

Un approccio alternativo per il compratore è quello di avvalersi di un proprio agente immobiliare (c.d. «*buyer's agent*»). Il *buyer's agent* assisterà il compratore nell'identificare appartamenti interessanti, fornirà stime ed analisi di mercato (ad esempio costo per *square foot*) e darà consigli utili nella fase di negoziazione del prezzo di offerta.

Qualora il compratore si avvalga di un *buyer's agent*, alla conclusione della compravendita il venditore corrisponderà un importo (circa il 5% del prezzo di vendita) a titolo di commissione che sarà diviso tra *listing agent* e *buyer's agent*.

Prima di visitare un appartamento sarà opportuno chiarire con il venditore o il *listing agent* se l'appartamento in vendita è un *condominium apartment* oppure un *cooperative apartment*.

a. *Condominium Apartment*

Il concetto di *condominium apartment* («*condo apartment*») è simile al concetto di appartamento in condominio usato in Italia. L'appartamento (c.d. «*unit*») è inserito in un edificio a più piani (*condominium* o *condo*), e il proprietario del *condo apartment* dispone di un diritto reale di proprietà sullo spazio interno al proprio appartamento. Questo diritto reale è evidenziato da un atto di proprietà immobiliare chiamato «*deed*».

Il proprietario di un *condo apartment* ha inoltre diritto a una quota indivisa delle parti comuni dell'edificio e pertanto potrà utilizzare scale, ascensori, giardini, palestra e parcheggio, ove disponibili.

Le parti comuni dell'edificio condominiale sono gestite da un consiglio di amministrazione (c.d. «*board of managers*») che esercita l'incarico secondo quanto è stabilito dalla «*declaration of condominium*» e dalle «*bylaws*» (documenti simili al regolamento condominiale in Italia).

I costi della manutenzione e riparazione delle aree comuni dell'edificio sono coperti dal consiglio di amministrazione mediante «*common expenses*» o «*common charges*» addebitati proporzionalmente ai proprietari degli appartamenti.

b. *Cooperative Apartment*

Mentre il *condominium apartment* è una tipologia di appartamento diffusa in tutti gli Stati Uniti, il *cooperative apartment* («*coop apartment*») è una tipologia molto diffusa a New York, ma piuttosto rara nel resto degli Stati Uniti.

La caratteristica distintiva del *coop apartment* è che una società per azioni è proprietaria dell'intero edificio, inclusi i singoli appartamenti («*units*») e le parti comuni.

Tale società emette azioni che sono assegnate a ciascun appartamento in base alle dimensioni dell'appartamento stesso e alla sua posizione nell'edificio.

Per acquistare un *coop apartment* sarà quindi necessario acquistare le relative azioni della società e stipulare con la società un contratto di locazione proprietaria (c.d. «*proprietary lease*»). Il *proprietary lease* conferisce al proprietario delle azioni il diritto di prendere possesso ed utilizzare uno specifico *coop apartment*, ed impone restrizioni d'uso ed obblighi a carico dell'azionista.

Le azioni conferiscono anche diritti di voto che saranno esercitabili dall'azionista in occasione dell'elezione del consiglio di amministrazione della cooperativa.

Il consiglio di amministrazione della cooperativa amministra lo stabile e fissa le spese di manutenzione e riparazione a carico di ciascun azionista. I poteri del consiglio di amministrazione e i diritti dei soci sono disciplinati da un atto costitutivo, dalle *by-laws* ed altri regolamenti.

Un'altra peculiarità del *coop apartment* è che la società proprietaria dell'immobile cooperativo può finanziare l'acquisto del suolo e dell'immobile mediante mutui garantiti da ipoteche gravanti sul suolo e sull'immobile stesso. Inoltre, poiché la società cooperativa (non il socio) vanta diritti reali sul terreno e l'immobile, le imposte di proprietà immobiliare sono a carico della società (non dei singoli azionisti) e pertanto la società sarà tenuta a pagare tali imposte alle autorità pubbliche.

La società cooperativa può dunque avere notevoli impegni finanziari nei confronti di terzi per il pagamento dell'eventuale mutuo, delle imposte e della manutenzione dell'edificio. Per far fronte a tali impegni la società cooperativa con cadenza mensile richiede ai proprietari di un *coop apartment* il pagamento di c.d. «*maintenance charges*».

Qualora uno degli azionisti non provveda al pagamento dei propri «*maintenance charges*», la cooperativa dovrà far fronte a tale problema attingendo alle riserve in bilancio o chiedendo ulteriori versamenti agli altri azionisti.

II. La ricerca di un mutuo ipotecario

I cittadini statunitensi (e i cittadini stranieri muniti di «*green card*») normalmente finanziano una parte del prezzo dell'appartamento (solitamente

l'80%) con un mutuo ipotecario («*mortgage*»). L'opzione del mutuo, con certe limitazioni, può essere disponibile anche a cittadini stranieri muniti di permessi di lavoro o altri visti.

La normativa sui mutui e la prassi per ottenere un mutuo sono in continua evoluzione a causa del fatto che numerosi istituti di credito hanno beneficiato di aiuti economici da parte del governo federale statunitense (c.d. *Troubled Asset Relief Program* o «*TARP*») e tali aiuti hanno assoggettato le attività di questi istituti a nuove restrizioni e regole.

Per avere un'idea precisa dei tipi di mutuo attualmente disponibili è consigliabile consultare uno o più «*mortgage brokers*», o discutere le proprie esigenze con il responsabile mutui (c.d. «*loan officer*») presso la propria banca.

La procedura per ottenere un mutuo inizia con la compilazione di una domanda di mutuo che dovrà essere accompagnata da diversi altri documenti comprovanti i mezzi finanziari del soggetto interessato.

Il *broker* o l'istituto di credito otterrà poi un «*credit report*» relativo al compratore. Il «*credit report*» è un resoconto sintetico preparato da società operanti nel settore del monitoraggio del credito al consumo. Tale *credit report* assegna a ciascun consumatore un punteggio o «*credit score*» basato su fattori quali regolarità con la quale il consumatore ha pagato i propri debiti in passato (includendo carte di credito, rate di finanziamenti per auto, prestiti scolastici etc.).

L'istituto di credito valuterà la domanda, tenendo in considerazione *credit report*, reddito e altri fattori rilevanti. Una volta completate queste valutazioni, ove disposto a concedere un mutuo, l'istituto emetterà una lettera di impegno (c.d. «*commitment letter*») che specificherà l'importo ed altri termini del prestito.

III. L'offerta

Una volta identificato l'appartamento desiderato, il compratore, con l'aiuto del proprio avvocato (c.d. «*attorney at law*») e del proprio *buyer's agent*, predisporrà un'offerta scritta destinata al venditore.

Il compratore o il *buyer's agent* presenterà tale offerta all'agente del venditore. Unitamente all'offerta, il compratore dovrà presentare al venditore un assegno a garanzia della serietà dell'offerta (c.d. «*earnest money*»), che verrà restituito qualora l'offerta non sia accettata.

Il venditore, anche alla luce di altre offerte ricevute, potrà accettare l'offerta, respingerla oppure effettuare una controproposta. Uno dei termini dell'offerta più comunemente negoziati è il prezzo. Sebbene il venditore possa aver indicato un prezzo di vendita (c.d. «*asking price*») in una inserzione pubblicitaria, un acquirente è comunque libero di offrire un prezzo inferiore ragionevole, soprattutto in un mercato immobiliare difficile come quello attuale.

IV. Le verifiche legali precedenti la firma del contratto

Una volta che il venditore ha accettato l'offerta del compratore (o il compratore ha accettato la controproposta del venditore) l'avvocato del venditore predisporrà una bozza di contratto di compravendita e la invierà all'avvocato del compratore.

Contestualmente, l'avvocato del compratore condurrà un'indagine legale sull'appartamento e sull'edificio (c.d. «*due diligence*») che varia a seconda della tipologia di appartamento (*Condo* o *Coop*, edificio esistente o in fase di costruzione).

L'acquisto di un *condo apartment* infatti comporta il trasferimento di diritti reali relativi ad uno specifico appartamento; pertanto l'avvocato del compratore esaminerà i documenti relativi a questi diritti, incluso l'atto di proprietà (*deed*), la polizza assicurativa sul titolo (*title insurance policy*, vedi *infra*) e il certificato di abitabilità (*certificate of occupancy*). Saranno anche esaminati documenti relativi al condominio nel suo complesso, quali i verbali del consiglio di amministrazione, le *by-laws* (regolamenti condominiali), l'*offering plan*, e i bilanci del condominio.

L'acquisto di un *coop apartment* è invece più simile all'acquisto di titoli azionari in quanto comporta la cessione (c.d. «*assignment*») del contratto di locazione proprietaria e delle azioni ad esso relative, che sono proprietà di natura personale, non reale.

Nel caso di un *coop apartment* pertanto l'avvocato del compratore esaminerà il contratto di locazione proprietaria relativo all'appartamento in vendita e altri documenti riguardanti la società cooperativa.

Una volta completata l'indagine legale, l'avvocato del compratore descriverà al compratore le eventuali problematiche legali emerse per consentire al compratore di valutare il prezzo effettivo dell'appartamento e gli eventuali rischi connessi all'acquisto.

V. La firma del contratto di compravendita

L'avvocato del compratore negozierà poi la bozza di contratto di compravendita con l'avvocato del venditore e lo autorizzerà a produrre la versione finale del contratto che dovrà essere firmata dal compratore e dal venditore. Al momento della firma del contratto il compratore dovrà provvedere al deposito del saldo della caparra o *earnest money* mediante assegno che verrà trasmesso all'avvocato del venditore. Tale assegno verrà depositato su un conto fiduciario provvisorio denominato *escrow* intestato all'avvocato del venditore.

Qualora la compravendita si concluda ai sensi del contratto, la caparra verrà restituita al compratore (o usata come denaro contante per l'acquisto dell'appartamento (c.d. «*down payment*»). Nel caso invece il compratore cambi idea e de-

cida di non completare l'acquisto per motivi non consentiti dal contratto, il venditore potrebbe trattenere la caparra a titolo di indennizzo per aver perso l'opportunità di vendere l'appartamento ad altri compratori.

VI. I preparativi per il *closing*

Dopo la firma del contratto di compravendita, l'avvocato del compratore chiederà a una società specializzata di condurre una ricerca storica sui documenti pubblici relativi all'appartamento in oggetto e al suo proprietario. Tale ricerca è chiamata *title search* (per i *condo apartments*) o *lien search* (per i *coop apartments*); per i *condo apartments*, il risultato di tale ricerca è un documento chiamato "relazione sul titolo" (c.d. «*title report*»).

La relazione sul titolo evidenzierà eventuali vizi, ipoteche, pegni, diritti di passaggio, o altri gravami esistenti sulla proprietà in oggetto (quali ad esempio ipoteche per mancato pagamento di tasse).

L'avvocato del compratore porterà il compratore a conoscenza di eventuali vizi ed "eccezioni" evidenziate dalla relazione sul titolo e, se necessario, chiederà al venditore di sanare tali vizi entro la data del *closing*.

Per i *condo apartments*, anche in assenza di vizi significativi, è prassi consolidata che al momento del *closing* il compratore acquisti un'assicurazione a garanzia del titolo (c.d. «*title insurance*»). Tale copertura assicurativa è fornita da società specializzate che si impegnano ad indennizzare il compratore nell'eventualità che il venditore non abbia potuto trasferire la piena proprietà (*free and clear title*) dell'appartamento a causa di vizi nascosti nella catena di trasferimenti a monte del trasferimento contemplato dalle parti del contratto. Questa copertura assicurativa è in ogni caso richiesta dalla banca mutuante qualora parte del prezzo di acquisto sia finanziato mediante mutuo.

Nei dieci giorni successivi alla firma del contratto di compravendita, l'acquirente (sia per *condo* che *coop apartments*) dovrà consegnare all'agente del venditore il "pacchetto" per il consiglio di amministrazione dell'edificio (c.d. «*board package*»). Tale "pacchetto" conterrà diversi documenti comprovanti la capacità finanziaria dell'acquirente ed includerà documenti quali la *commitment letter* della banca, denunce dei redditi e resoconti relativi a conti correnti bancari.

Nel caso di acquisto di un *coop apartment*, il potenziale acquirente dovrà anche presentarsi personalmente dinnanzi al consiglio di amministrazione della cooperativa per un colloquio.

Sia per i *coop apartments* che per i *condo apartments*, il consiglio di amministrazione dell'edificio potrà porre veto alla compravendita qualora l'aspirante acquirente non sia di gradimento del consiglio, specialmente nel caso in cui non siano dimostrati i requisiti finanziari minimi richiesti.

Qualora il compratore si avvalga di un *buyer's agent*, il *buyer's agent* assisterà il compratore nella predisposizione del *board package* destinato al consiglio di amministrazione dell'edificio. Il *buyer's agent* inoltre fornirà supporto al compratore nei preparativi per il colloquio con gli amministratori della cooperativa.

VII. Scegliere una forma di proprietà

Prima del *closing* il compratore dovrà scegliere la forma di proprietà che intende utilizzare nell'atto di proprietà. Nello Stato di New York, gli acquirenti possono scegliere una delle seguenti forme di proprietà:

a. *Sole Ownership*

In questo caso l'acquirente compra da solo, diventa unico proprietario dell'appartamento e potrà pertanto disporre come crede dell'appartamento. Questo risultato tuttavia potrebbe non essere ottenibile da parte di un compratore coniugato che intenda comprare separatamente dal coniuge, e sarà quindi opportuno discutere tale opzione con un avvocato prima del *closing*.

b. *Joint Tenancy with Right of Survivorship*

Qualora il compratore acquisti insieme ad una o più persone, gli acquirenti potranno optare per questa forma di proprietà.

In caso di morte di uno dei compratori, gli altri compratori diventeranno automaticamente e proporzionalmente proprietari della quota del defunto, senza la necessità di aprire un formale processo di successione.

c. *Tenancy by the Entirety*

Questa opzione è disponibile a coppie di coniugi e segue regole analoghe alla *Joint Tenancy with Right of Survivorship*.

d. *Tenancy in Common*

Questa opzione è simile al concetto di comproprietà ed è disponibile ad un acquirente che desideri comprare insieme ad un altro acquirente, senza che gli acquirenti siano sposati. Questa opzione consente agli acquirenti di specificare le quote fisse di proprietà (ad esempio 80/20) spettanti a ciascuno. Tali quote saranno descritte nell'atto di proprietà che rifletterà anche l'origine e l'appartenenza dei mezzi finanziari impiegati per l'acquisto dell'appartamento.

In caso di morte di uno dei comproprietari, la quota fissa del defunto non passerà automaticamente agli altri comproprietari, ma sarà trasferita agli eredi legittimi o testamentari del defunto.

VIII. Il *closing*

Non appena tutte le condizioni preliminari del contratto (c.d. «*contingencies*») sono soddisfatte, si potrà procedere al *closing* (o *settlement*).

Il *closing* è il momento conclusivo della compravendita, durante il quale il compratore corrisponderà al venditore il prezzo pattuito e il venditore trasferirà la proprietà dell'appartamento (e le chiavi di casa) al compratore.

Generalmente, per l'acquisto di un *coop apartment* è richiesto un *down payment* (la porzione del prezzo di acquisto non coperta da mutuo bancario) maggiore rispetto al *down payment* richiesto per l'acquisto di un *condo apartment*. I consigli di amministrazione delle cooperative possono infatti chiedere un *down payment* superiore al 25% del prezzo.

Al *closing* relativo ad un *condo apartment*, il compratore riceverà diversi documenti, tra i quali il *deed*, o atto di proprietà immobiliare ed un *bill of sale* in caso di trasferimento di beni mobili (come quadri o tappeti) non coperti dal *deed*. Inoltre, il compratore riceverà altri certificati e dichiarazioni ai sensi delle leggi statunitensi federali e della normativa statale applicabile alle compravendite immobiliari.

Al *closing* relativo ad un *coop apartment*, il compratore riceverà il contratto di locazione proprietaria, i certificati azionari relativi all'appartamento acquistato, il consenso alla cessione emesso dal consiglio di amministrazione della cooperativa, ed altri certificati e dichiarazioni.

Contestualmente al *closing* il compratore sarà tenuto a pagare costi e spese per tasse, polizze assicurative e onorari professionali che tendono ad essere più significativi per i *closings* relativi a *condo apartments*.

Dopo il *closing*, il *deed* relativo ad un *condo apartment* dovrà essere prontamente registrato presso l'ufficio del catasto della Contea competente.

Completato il *closing*, il compratore potrà prendere possesso dell'appartamento, salvo che il contratto di compravendita preveda diversamente.

Massimo Manzoni*

* Avvocato in New York, NY.

RECENSIONI

Ugo Draetta - Andrea Santini (a cura di), *L'Unione europea in cerca di identità: problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione"*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. XVII-380, € 40,00

Nel passaggio dalla fase della "crisi di popolarità" dell'UE, segnata dal mancato perfezionamento della procedura di ratifica del Trattato di Roma del 29 ottobre 2004, a quella attuale della ricerca di un'identità propria da parte dell'Organizzazione sovranazionale, supportata dalle innovazioni previste dal *reform treaty* del 13 dicembre 2007, si segnala la pubblicazione qui recensita. Essa contiene la consapevolezza della grande novità rappresentata dal Trattato di Lisbona, che, al di là delle poi superate difficoltà derivanti dall'esito negativo del primo *referendum* irlandese, comunque si pone come superamento e completamento dello stesso schema riformistico elaborato nel precedente Trattato. Trattasi, nello specifico, di un'opera collettanea in cui internazionalisti di rango chiamati a cimentarsi su di un terreno di ricerca comune, pur non disconoscendo l'enorme rilevanza del Trattato di riforma del 2007 in una prospettiva di sviluppo delle basi giuridiche sulle quali la Comunità-Unione si fonda, lasciano trapelare dai loro scritti l'ulteriore necessità di "scelte politiche coraggiose e lungimiranti" (anche se, in ipotesi, adottate da un nucleo ristretto di Stati membri "virtuosi"), funzionali all'acquisizione, da parte dell'UE, di una salda identità, resa ancora più necessaria dalla grave crisi della *world economy*, ed i cui preziosi contributi si assommano agli interventi di studiosi della storia delle relazioni internazionali (*Massimo De Leonardis*, Milano - Università Cattolica del Sacro Cuore e *Gianluca Pastori*, Milano - Università Cattolica del Sacro Cuore) e dell'economia politica (*Floriana Cerniglia*, Milano - Bicocca e *Laura Pagani*, Milano - Bicocca).

Il volume in esame si apre con una preliminare prefazione a cura di *A. Q. Curzio* (pp. XIII-XIV), seguita dall'introduzione (pp. XV-XVII) scritta "a due mani" dai curatori dell'opera – *U. Draetta* (Milano - Università Cattolica del Sacro Cuore) e *A. Santini* (Milano - Università Cattolica del Sacro Cuore) – per poi articolarsi in un insieme complessivo di nove capitoli. Segnatamente, dai primi quattro capitoli (pp. 1-186), emergono le prospettive generali, afferenti la natura giuridica dell'Unione europea alla luce dei rapporti tra gli Stati membri e tra questi e l'Organizzazione (materia curata da *N. Parisi* - Università di Catania), l'assetto istituzionale dell'Unione europea nella prospettiva di una maggiore efficienza e legittimità democratica (tematica trattata da *A. Santini*) e la tutela dei diritti dell'uomo nella Carta di Nizza e nella CEDU (a cura di *M. Fumagalli Meraviglia*, Milano - Università Cattolica del Sacro Cuore); argomento – quest'ultimo – analizzato anche da *U. Draetta* sotto il diverso angolo visuale dei rapporti tra l'ordinamento dell'Unione ed i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione italiana. Di peculiare interesse, nel capitolo a cura di *A. Santini*, incentrato sulla ormai ben nota questione del "deficit" democratico, la riflessione dell'A. sul binomio democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa – di cui al testo del *reform treaty* – laddove la prima, essenzialmente liberale e borghese, in cui i rappresentanti sono autorizzati, attraverso le elezioni, a trasformare la volontà del popolo in atti di governo, appare necessariamente affiancata alla seconda, ossia a quella forma di democrazia "organica" o "incarnata" avente il compito precipuo di assicurare, attraverso la *popular initiative* e la partecipazione istituzionale, una migliore conformità della legge alla volontà generale e di essere così fondatrice di una effettiva legittimità senza la quale la legalità istituzionale non è altro che mero simulacro.

Passando ad analisi maggiormente settoriali seguono vari contributi, tra cui quelli dedicati allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, quale spazio di diritti "costituzionalmente" garantiti (oggetto di approfondimento da parte di *D. Rinoldi*, Piacenza - Università Cattolica del Sacro Cuore), alla disciplina comunitaria dell'immigrazione e dell'asilo (trattata da *M. Spatti*, Piacenza - Università Cattolica del Sacro Cuore), alla sicurezza dell'Europa tra UE ed Alleanza Atlantica (oggetto dell'analisi di *M. De Leonardis*), alla questione inerente i "confini" dell'UE e, segnatamente, l'allargamento di quest'ultima alla Turchia (parte curata da *G. Pastori*) ed, infine, alle opinioni dei cittadini europei nei riguardi dell'Unione (di cui sono co-autrici *F. Cerniglia* e *L. Paganì*), rilevate attraverso i dati forniti da «Eurobarometro», strumento – come noto – di cui si è dotata la Commissione europea per realizzare sondaggi mirati a conoscere e a comprendere gli atteggiamenti del popolo europeo in relazione ad argomenti ritenuti di primaria importanza. Con peculiare riferimento ai saggi di *M. De Leonardis* e di *G. Pastori*, appaiono di non trascurabile spessore le lucide riflessioni condotte dagli Autori su due questioni di singolare interesse, vale a dire – rispettivamente – la relazioni "bilaterali" tra l'UE

e la NATO e l'allargamento dei confini dell'Unione alla Turchia, Paese che sempre più rappresenta la naturale cerniera – storica e geografica – tra Occidente ed Oriente e che, peraltro, rimane un fedele alleato della NATO nell'area più calda del pianeta. Quanto alla prima tematica menzionata, in particolare, va sottolineato che essa acquista rilevante importanza laddove semplicemente si rifletta sul fatto che la progressiva convergenza delle due organizzazioni regionali ha portato ad una situazione contraddittoria, dove accanto ad un'efficace cooperazione sul campo, si riscontrano elementi di conflittualità latente; a tale riguardo, non manca di ambiguità lo stesso concetto di autonomia della PESD, interpretata in maniera restrittiva dai Paesi membri dell'UE con vocazione "atlantista", e – viceversa – considerata dai Paesi maggiormente europeisti quale base di un ruolo dell'Unione come attore globale sempre più autosufficiente sulla scena mondiale.

In tale contesto di contributi individuali, di alto valore scientifico – dovuto alla lungimirante iniziativa di un "gruppo storico" di studiosi dell'Università Cattolica milanese, ben sensibile alle prospettive di superamento del modello "economicistico" e "a-democratico" del pregresso modello di Unione – risultano ben evidenti le proiezioni future del processo di integrazione europea, che coinvolge questioni di cruciale interesse, postulando – al contempo – l'attuazione di soluzioni valide perché possa dirsi finalmente "archiviata" la situazione di *impasse* creatasi con la mancata ratifica del Trattato costituzionale del 2004 e perché alla medesima possa seguire una nuova fase relativa alla ricerca di una solida identità da parte dell'Organizzazione sovranazionale. In tale prospettiva, appaiono di estrema lucidità le dense riflessioni contenute nel volume qui recensito, quale benemerita iniziativa da salutare con favore. Volume collettaneo o – se si preferisce – raccolta di saggi che pare – sin dal titolo – voler essere di auspicio all'inizio di una nuova e meno tormentata stagione dell'Unione europea.

Miriam Immediato

Massimo Panebianco, *Diritto Internazionale Pubblico*, II ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. XXXVIII-587, € 45,00

La seconda edizione di questo manuale, la cui prima pubblicazione risale al 2008, si differenzia dalla precedente per le revisioni e le integrazioni apportate al testo originario sotto un duplice profilo. Completata ed integrata risulta la parte prima nei cinque capitoli che la compongono, con riferimento ai profili storico-dottrinali necessari in opere di questo tipo e, principalmente, ai primi due capitoli, dedicati rispettivamente ai valori fondamentali ed alla Costituzio-

ne e alla struttura normativa. Ugualmente importante è il ruolo riservato alla prassi mediante schede conclusive di ciascuno dei quindici capitoli, presentate come riepilogative ed integrative di quanto già esposto nel testo del manuale e corrispondenti integrazioni dell'indice analitico. Sotto il primo profilo, le revisioni compiute completano l'originale capitolo III, dedicato alla lunga fase di transizione dal diritto internazionale classico a quello contemporaneo, ivi compresi gli sviluppi registrati nel campo delle organizzazioni internazionali. Parimenti arricchito risulta il capitolo IV, centrato sul diritto internazionale regionale, sia europeo che extra-europeo. Interessanti sviluppi compaiono anche con riferimento al ruolo della Chiesa Cattolica, intesa come "soggetto storico" della Comunità internazionale ed analizzata con particolare riferimento al ruolo della Santa Sede come *defensor pacis* per la prevenzione e la soluzione dei conflitti armati e alla connessa tutela internazionale dei diritti dell'uomo.

Con riferimento alla parte storico-dottrinale si segnala come essa venga ritenuta indispensabile sia nelle Scuole classiche del diritto internazionale che in quelle positivistiche e normativistiche, considerata la natura di un manuale di diritto internazionale, destinato a ricoprire una pluralità di periodi storici e percorsi di lunga distanza nella descrizione della disciplina giuridica correlata (cd. manuali *long distances*). Invero, ogni prima lezione di un Corso di diritto internazionale aspira sempre ad essere una rilettura ed un avvio alla lettura della dottrina precedente fin dall'epoca dei classici scritti di Francisco De Vitoria ed Ugo Grozio. Ma altresì, nella Scuola storico-positiva, l'avvio di ogni Corso di diritto internazionale è stato sempre inteso come una "prelezione" o una "introduzione" fin dall'epoca di Pasquale Stanislao Mancini e di Dionisio Anzilotti. Ciò premesso, l'opera conserva la sua aspirazione fondamentale di tipo universalistico; il che le consente di limitare lo spazio dedicato all'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, di cui si presuppone la sostanziale conformità unita ad una politica di *favor* costituzionale in vista di tale obiettivo. Ovviamente, la seconda edizione si dedica all'esame della giurisprudenza conflittualista fra le due sfere giuridiche nei termini del dualismo e delle possibili forme di "disadattamento" o "non adattamento" (capitolo III); il che consente anche di spiegare le più recenti tendenze di soluzione delle "antinomie" normative da parte della Corte costituzionale italiana.

Con riferimento alla prassi internazionale, l'A. evidentemente esclude il metodo corrente di inclusione o di interposizione nel corso dei vari temi trattati. Invero, la prassi medesima o "fa sistema" o puramente e semplicemente si riduce a casi isolati di discutibile valore. Le schede riportate alla fine di ciascun capitolo fanno, pertanto, geopolitica della prassi e soprattutto la valutano nel contesto delle relazioni internazionali, intese come disciplina scientifica intimamente connessa con quella giuridico-internazionale vera e propria. In tal senso appare apprezzabile l'importante sviluppo dato ai termini geografici come contrassegno di casi internazionali. Così come appare importante il largo richiamo di prassi parlamentare, diplomatica e governativa, oltre che di le-

gislazione e di giurisprudenza. Una prassi siffatta si avvia, in tal modo, ad essere compiutamente definita come un insieme di "giudizi analitici" presenti nel comportamento degli operatori interni ed internazionali e – dall'altro canto – ad essere opportunamente studiata come il comportamento degli Stati e non solo come il comportamento o la "condotta" scaturente dalla operosità dei giudici (*judge-made-law*) ed avente un suo flusso discreto ed appartato destinato a scorrere nelle aule giudiziarie.

Quanto detto risponde pienamente all'aspirazione fondamentale di tipo universalistico che permea di sé tutta l'opera, posto che una simile "interpretazione" della prassi internazionale crea un naturale collegamento con la globalizzazione a livello giuridico, atteso che la stessa tende a normativizzarsi in regole e soprattutto in principi "inventati" e definiti dai soggetti pubblici protagonisti e, talora, dalle *transnational law firm* e dalla scienza accademica. Regole e principi sempre plastici e disponibili a storicizzarsi nel divenire dell'esperienza. Indisponibili, invece, a riconoscere "argini" nelle varie confinazioni territoriali dei "quadranti" degli Stati sovrani. La stessa idea di prassi – pertanto – viene in ultima analisi ricondotta ai suoi significati originari come risultante *a posteriori* dalla condotta degli operatori giuridici nell'ambito delle relazioni bilaterali e multilaterali, delle organizzazioni internazionali ed in tutte le sedi della diplomazia multilaterale *tout court* considerata. Considerevole nella mole – ma di lettura alleggerita dalla struttura a "incastro", con capitoli relativamente autonomi tra loro, nel senso che possono essere consultati anche indipendentemente l'uno dall'altro – l'opera consente di comprendere agevolmente i principi generali della materia trattata ed allo stesso tempo offre gli elementi necessari per l'approfondimento di singoli temi, con il pregio di rendere comprensibile a tutti argomenti di taglio prettamente scientifico. Un manuale, insomma, quello recensito, che aspira ad essere un "sistema compiuto" e che, pur presentando finalità precipuamente didattica, si presta ad essere letto con profitto da un vasto pubblico di studiosi ed operatori giuridici interni ed internazionali.

L'A., di cui è nota l'operosità scientifica ed al quale si devono già vari studi sulla storia della dottrina del diritto internazionale (studi su U. Grozio, A. Gentili, etc.), nonché sulla dottrina italiana di diritto internazionale dopo il 1945 in un noto fascicolo dedicato al nostro Paese in una rivista giuridica di lingua tedesca (*Archiv des Völkerrechts, Tübingen*, 1987, vol. XXV, fasc. IV), lascia anche intravedere la possibilità di una terza edizione, cui è lecito augurare un qualche successo anche e soprattutto sulla base della favorevole accoglienza già riservata a questa opera fin dalla sua prima apparizione in ambienti accademici e non.

Miriam Immediato

Massimo Panebianco (a cura di), *Il G8 2009 - Sistema multi-regionale di Stati*", Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. LXX-456, €. 45,00

Il *Summit G8* di Maddalena-L'Aquila, recentemente svoltosi nel luglio 2009, XXXV dell'ininterrotta serie dal 1975 e V sotto Presidenza italiana, rispetto al passato si è caratterizzato per due importanti fattori di novità. Innanzitutto, è risultato essere il Vertice destinato alla riforma della c.d. «architettura istituzionale» mediante la sua trasformazione in un G8 allargato a due *format* più ampi con l'ingresso dei c.d. *Off-State*. In secondo luogo, esso è divenuto il G8 delle regole, ovvero dei c.d. *global legal standard*. Non è la prima volta che organismi internazionali, attraverso la loro attività di *process-law*, partecipano con ruoli differenziati alla produzione di regole destinate a tradursi in nuovo diritto interno per gli Stati membri e per gli Stati terzi disposti a condividerle. Tanto vale, in modo particolare, per le regole anti-crisi economica internazionale, cui il G8 fornisce un crescente contributo. Resta, ovviamente, aperta nel dibattito dottrinale l'antica questione teorico-generale circa l'avvenuta formazione di una *opinio iuris*, ovvero di una vera e propria *necessitas* come parametro giustificativo legittimante il "flusso" normativo proveniente dal Gruppo degli Otto.

Tematiche, quelle appena menzionate, affrontate e puntualmente trattate nell'opera collettanea qui recensita, composta dalla premessa del curatore (pp. 1-4), da tre introduzioni (pp. 7-134) concernenti rispettivamente l'attualità, il futuro ed il passato del G8 (a cura di M. Panebianco, A. Di Stasi, A. Lamberti), da quattro studi settoriali-regionali (pp. 137-300) dedicati alla formazione delle nuove *leadership* destinate all'allargamento del Gruppo sul piano della democrazia internazionale (ad opera di T. Russo, A. L. Verdecchia, F. Buonomenna, C. Manzolino) seguiti da tre saggi finali (pp. 303-435) relativi alle proposte operative ed al modello giuridico del c.d. diritto futuro, di cui si segnalano i titoli nell'interesse del lettore di questa *Rivista* (*Il G8/G20 economico-finanziario*, a cura di D. Marrani; *Verso una nuova disciplina finanziaria e contabile internazionale*, a cura di P. Borea; *Ratifica italiana e «prima attuazione» del Trattato di Lisbona di fronte alla crisi economica internazionale*, a cura di M. Immediato). Il *fil-rouge* che idealmente unisce tra di loro tutti i contributi, in una logica di coerenza e di compattezza del sistema, è certamente rappresentato dalla condivisione di un modello di G8 che sia in grado di segnare un momento di successo nel rilancio della cooperazione multilaterale politico-economica. Una cooperazione, questa, basata su di una "formula" organizzata in modo sempre più aperto e coinvolgente, *ergo* maggiormente democratico, con l'"allargamento del tavolo" delle Grandi Potenze mondiali ai Paesi emergenti o ad alcuni di essi. Fornisce un interessante spunto di riflessione la disamina relativa al G20, che offre l'occasione di sottolineare la specificità del Gruppo degli Otto rispetto all'appena menzionato Gruppo dei

20, nell'ambito di un rapporto che va puntualmente esplicitato con le caratteristiche proprie e peculiari del primo, laddove soprattutto si rifletta sulla circostanza che nella formula del G8 allargato potrebbero rientrare pure Paesi non inclusi nel G20, le cui istanze devono essere accolte ed elaborate in maniera da essere convogliate anche dal G8 allargato, mutevolmente e variamente, al G20. L'altro importante fattore di novità, cui precedentemente si è fatto cenno, è senza dubbio rappresentato dall'elaborazione di un insieme di regole in seno al Gruppo ristretto, nella prospettiva della gestione della crisi in corso, da un lato, e, dall'altro, dell'urgenza di migliorare in modo duraturo il governo dell'economia internazionale (*a good governance for a bad economy*). È un dato incontrovertibile, infatti, quello secondo cui, nell'anno corrente e sotto la pressione della crisi economica e finanziaria, l'economia sia tornata al primo posto e, con essa, la necessità di cercare le soluzioni più adeguate al suo monitoraggio ed alla sua gestione.

Regole, quelle di cui si è testé detto, annoverabili nell'ambito di un *Global Legal Standard* giuridico, inteso come un complesso di principi ispiratori di base, che derivano dal sistema della cooperazione multilaterale e che sono destinati ad informare l'intero sistema internazionale. Un *Global Legal Standard* per l'economia e la finanza mondiale che miri ad una «convergenza condivisa al massimo livello dalle strutture legali internazionali» e che si ponga come un nuovo codice etico-economico in grado di regolamentare i mercati. Pur notoriamente non in presenza di impegni vincolanti, ci si trova di fronte a linee condivise indicate all'interno del *Forum*, le quali trovano la propria *vis* legittimante nel c.d. diritto della necessità, chiamato a fronteggiare situazioni emergenziali di pericolo per l'intero assetto internazionale. Dal c.d. *Lecce Framework*, il corposo documento messo a punto dai ministri finanziari del G8, si è così passati al menzionato *Global Legal Standard*, fortemente basato sulle c.d. «dodici tavole» elaborate in seno all'OCSE per un'economia più giusta e sostenibile. In una simile ottica, pertanto, il meccanismo del *Global Legal Standard* con le sue «tavole del diritto» mira giustamente ad evitare che ogni Paese si blindi all'interno dei propri confini nazionali con una serie di provvedimenti slegati dal contesto internazionale. D'altro canto, è ovvio che in presenza di una crisi globale sarebbe, a dir poco, "illogico" reagire con metodi locali a discapito di quelle *international* o *global rule* con potenzialità operative maggiori e maggiormente idonee.

Un'opera collettanea, quella fin qui recensita, che appare di grande interesse ed attualità ed in grado di "fotografare" la realtà esistente così nei suoi aspetti negativi come in quelli passibili di miglioramento, con un'attenzione costante alla chiarezza, alla linearità ed alla coerenza dell'intero impianto sistematico, che rendono potenziale destinatario del presente lavoro un pubblico vasto ed eterogeneo, tra cui spicca certamente la «giovane diplomazia italiana» a cui l'opera è dedicata. Tra i "valori aggiunti", poi, l'inclusione del-

l'indice dei dossier-documenti (pp. XIII-LXX) ufficiali preparatori del Vertice G8 2009, a cui fa da *pendant* il conclusivo indice analitico (pp. 437-456) che raccoglie le *key-word* utilizzate anche nell'ambito della documentazione ufficiale, nonché l'"innovativa" quarta di copertina, redatta in lingua inglese ed in lingua cinese, per un effettivo "omaggio" alla Regione asiatica come una delle economie emergenti del mondo contemporaneo.

Miriam Immediato*

Renato Federici, *Guerra o Diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 273, € 20,00

È stato di recente pubblicato un interessante scritto di *Renato Federici* su un tema attuale quale quello della guerra.

L'A. ha preso spunto da una ricerca sulle influenze del diritto comunitario sul diritto amministrativo italiano ed è così risalito alle motivazioni fondamentali che hanno unito i Padri fondatori delle Comunità europee (ai quali il libro è espressamente dedicato): evitare che la tragedia che fu la seconda guerra non si ripettesse, rimuovendo le cause delle rivalità che l'avevano scatenata.

Nel suo libro il *Prof. Federici*, attraverso una disamina a tutto tondo dei rapporti tra guerra e diritto, affronta la problematica relativa alla natura stessa del diritto nei suoi molteplici aspetti (anche religiosi), partendo dai classici greci e romani fino ad oggi.

L'opera si compone di sei capitoli, oltre alle conclusioni, e si apre con una suggestiva prefazione in cui l'A. riporta uno "scoppiettante" colloquio tra un tale Renato e un tale Federico in cui, a mo' di dialogo socratico, vengono presentate le problematiche poi lungamente analizzate nel testo.

Si passa così ad una puntuale ed accurata analisi della guerra partendo dagli autori latini fino ad arrivare alla più recente dottrina internazionalistica: da *Publio Vegezio*, studioso latino del IV secolo d.C., al quale è d'uso far risalire il celebre motto «*Si vis pacem para bellum*», per arrivare a *Benedetto Conforti*, *Antonio Cassese*, *Umberto Leanza*, solo per citarne alcuni.

L'A., invero, parte dalla considerazione che la guerra non è mai giusta – potrà essere inevitabile, scusabile, ma giusta mai – e cerca di dimostrare, con suggestive argomentazioni giuridiche, che i conflitti armati costituiscono un sistema di risoluzione delle controversie alternativo a quello giuridico.

In buona sostanza, i conflitti armati, quali sistemi primitivi e incivili, vengono definiti – diversamente dal *Clausewitz* secondo cui la guerra è la

* Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale; cultore di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Salerno.

prosecuzione della politica con altri mezzi – come qualcosa che annichilisce i rapporti giuridici, mentre il diritto viene individuato come il metodo per prevenire e risolvere i conflitti in modo civile. Esempio di ciò è rappresentato dalle Comunità europee.

Emblematico è lo strumento dell'inganno della controparte che, in guerra, prende il nome di strategia e diventa vanto (cavallo di Troia), mentre per il diritto deve essere bandito e punito.

I trattati di pace, quali espressione evidente della vittoria del diritto sulla guerra, secondo la tesi dell'A., sono atti che con il porre fine alla guerra e ai suoi orrori fanno sì che si torni al diritto e alle regole della civiltà.

Guerra e diritto, dunque, visti come elementi contrapposti come lo possono essere la malattia e la salute: diritto bellico qualificato come contraddizione assoluta (pseudo-diritto) e diritto umanitario, inteso come l'insieme delle relazioni che tendono ad evitare le guerre o a porvi fine con un trattato, quale unico esempio di convivenza di guerra e diritto.

Ma l'aspetto più interessante della tesi dell'A. è l'aver trattato, sulla base degli studi di Santi Romano, il rapporto tra diritto e guerra in termini di lotta tra ordinamenti giuridici. In pratica, essi sono mezzi alternativi, entrambi idonei a dare attuazione alle scelte dei governanti (i detentori del potere) per risolvere le controversie insorte tra loro: il diritto è lo strumento di chi non vuol farsi giustizia da sé, ma cerca l'accordo (o una forma giurisdizionale capace di trovarlo); la guerra è l'arma preferita da chi non ha fiducia nel diritto e intende far valer solo la potenza del proprio esercito.

Il diritto è considerato lo strumento al servizio dei potenti per imporre le scelte politiche, economiche, sociali e religiose e si concreta nel rispetto dei diritti umani: se non c'è civiltà, se manca il rispetto dei diritti fondamentali, si impone la legge del più forte.

L'attenta analisi dell'A. delle varie discipline coinvolte dall'indagine, dalla Teoria generale del Diritto, alla Storia del Diritto, alla Filosofia del Diritto e soprattutto al Diritto Internazionale (anche quello bellico) e comunitario, la semplicità e la chiarezza con cui sono affrontate tematiche complesse e a lungo dibattute, contribuiscono a rendere lo scritto una lettura consigliabile sia a studiosi e operatori del diritto, sia ai giovani che si affacciano allo studio delle materie giuridiche.

Tra le riflessioni suggerite dal testo una in particolare è amara espressione dei tempi che viviamo: nell'antica Grecia in occasione dei giochi olimpici venivano sospese le guerre, nell'epoca moderna vengono sospese le Olimpiadi!

Pietro Troianiello**

** Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università del Sannio-Benevento; Avvocato in Roma.

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*

ILARIA ANRÒ, *Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Milano*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

ANNALISA GIANANTI, *Dottore di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Perugia*

MIRIAM IMMEDIATO, *Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*

ALESSANDRO MANZONI, *Avvocato in New York, NY*

ANTONIO ODDO, *Avvocato in Milano; Professore a contratto / Università degli Studi di Pavia*

FRANCESCA PERRINI, *Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Messina*

CINTHIA PINOTTI, *Consigliere della Corte dei conti; Professore incaricato di diritto amministrativo I e II / Pontificia Università Lateranense*

TERESA RUSSO - *Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

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*

PIETRO TROIANIELLO, *Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università del Sannio-Benevento; Avvocato in Roma*

FABRIZIO VISMARA, *Professore associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi dell'Insubria*

ARTICOLI

L'ORDINAMENTO GIURIDICO NAZIONALE NEI RAPPORTI CON LE REGOLE COMUNITARIE E DELL'UNIONE EUROPEA. LA POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA*

Sommario: *Premessa - 1. Le ragioni dell'attivismo recente della Corte costituzionale in materia di diritto comunitario - 2. L'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale - a. Puntualizzazione degli effetti dell'entrata in vigore del nuovo art. 117 Cost. (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007) - 3. Segue: b. Conferma del ruolo primario del giudice comune e di quello sussidiario della Corte costituzionale nell'applicazione del diritto comunitario - 4. Segue: c. Mantenimento della riserva di intervento della Corte costituzionale in applicazione della teoria dei «controlimiti» - 5. La Corte costituzionale come "giudice nazionale" ai sensi dell'art. 234 CE - 6. Conclusioni: alcune questioni non ancora risolte nella giurisprudenza costituzionale.*

Questo contributo parte da una premessa: nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale sembra emergere la "riscoperta" del tema dei rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario. Ciò avviene in un contesto generale di accresciuta sensibilità verso le tematiche sovranazionali che non riguarda esclusivamente la Corte ma che coinvolge, ed in maniera quasi torrenziale se si opera un confronto con gli anni passati, i giudici di tutte le giurisdizioni nonché, ovviamente, la dottrina¹.

* Relazione presentata all'incontro di studi italo-francese «L'Italia e il diritto dell'Unione europea», Courmayeur, 12-13 giugno 2009. Il presente lavoro è destinato agli studi in onore di Paolo Mengozzi.

¹ In una produzione sterminata, mi limito a ricordare alcuni volumi, apparsi di recente, dedicati al tema dei rapporti tra ordinamenti ed al "dialogo" tra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee: L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; N. ZANON (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; A. BONOMI, *Il limite degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 2008; V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sopranazionali*, Padova, Cedam, 2008; AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno* - Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Milano, Giuffrè, 2008; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2009.

Limitando l'attenzione alla giurisprudenza costituzionale, va immediatamente segnalato che in essa si intravede – a volte in filigrana, a volte con maggiore nettezza – la volontà di dare pieno significato alle "aperture" che la Costituzione italiana *contiene da sempre* in favore di fonti, organizzazioni ed ordinamenti sovranazionali (artt. 10, I comma², 11³, ora 117, I comma⁴, Cost.), anche attribuendo decisiva rilevanza alle pronunce delle Corti sovranazionali. In particolare, emerge il rafforzamento ulteriore del vincolo di appartenenza al fenomeno del tutto peculiare della integrazione europea, vincolo solidamente impostato nel testo costituzionale sulla base di una lettura evolutiva dell'art. 11 Cost. e successivamente potenziato con l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 117 Cost.

In questa sede prenderemo in considerazione esclusivamente la giurisprudenza costituzionale, cercando di valutare se ed in quale modo le recenti pronunce del giudice delle leggi abbiano introdotto modifiche ad un sistema che appariva oramai consolidato secondo gli schemi e le argomentazioni fatte proprie dalla Corte costituzionale nella sentenza *Granital*⁵. È appena il caso di ricordare che in detta pronuncia la Corte ha adottato una ricostruzione del rapporto tra i due ordinamenti, ispirata dal modello dualista dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno, che vede il diritto comunitario e quello interno, se pur coordinati, formalmente distinti. In tal modo la Corte è giunta, anche se sulla base di diversi fondamenti teorici, alle medesime conclusioni della Corte di giustizia in merito alla supremazia del diritto comunitario sul diritto interno ed alla efficacia diretta delle fonti comunitarie direttamente applicabili, con conseguente "non applicazione", da parte del giudice comune, delle norme interne difformi⁶.

² «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute».

³ «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

⁴ «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

⁵ Sentenza n. 170 del 1984, in questa *Rivista*, 1984, p. 193 ss., con commento di F. CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti fra norme CEE e leggi nazionali*, p. 204 ss. Cfr. A. TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2062 ss.; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 5^e ed., Paris, L.G.D.J., 2006, p. 1030 ss.

⁶ È il caso di segnalare che nella più recente giurisprudenza la Corte costituzionale sembra aver definitivamente abbandonato ogni timidezza nel qualificare come obbligo di "disapplicazione" il vincolo posto a carico del giudice comune in presenza di norme interne non compatibili con norme comunitarie dotate di efficacia diretta: v. sentenza n. 102 del 2008, punto 8.2.8. della motivazione.

1. Le ragioni dell'attivismo recente della Corte costituzionale in materia di diritto comunitario

Quali sono le motivazioni di questo recente "attivismo" della Corte? La prima risposta non può che chiamare in causa la modifica dell'art. 117, I comma, Cost., avvenuta con legge costituzionale n. 3 del 2001. Nella nuova formulazione, l'articolo citato così recita: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». La necessità di fornire chiarimenti in merito alla portata della disposizione appena richiamata, nonché di porre un argine nei confronti di iniziative "eccentriche" da parte dei giudici comuni (v. *infra*), ha portato la Corte costituzionale ad operare, nelle fondamentali sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, le necessarie precisazioni e le dovute distinzioni tra il fenomeno dell'integrazione europea, da un lato, ed i "comuni" accordi internazionali (categoria peraltro non omogenea, posto che la CEDU si è vista riconoscere un ruolo affatto speciale dal punto di vista dell'interpretazione delle stesse regole costituzionali⁷), dall'altro. In ogni caso, dopo alcune incertezze (v. ad esempio sentenza n. 269 del 2007), la Corte ha correttamente mantenuto nell'art. 11 il punto di riferimento fondamentale per la copertura costituzionale della partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea, nonostante in dottrina si fosse suggerito di utilizzare come "Europa Artikel" l'art. 117, comma 1, Cost., l'unico che opera un richiamo diretto all'ordinamento comunitario nel testo della Costituzione italiana⁸.

Va poi aggiunto, sempre in merito alle motivazioni di questo nuovo "attivismo", che esso può essere inteso come il frutto dello sviluppo "naturale" del fenomeno di integrazione europea, tale da rendere di fatto inevitabile il confronto con principi costituzionali in diversi settori. Non può certo negarsi che la portata "costituzionale" dell'integrazione europea non sia una novità e che si sia manifestata da tempo in una miriade di materie. Tuttavia, l'oramai acquisita estensione delle competenze della Comunità e dell'Unione a materie particolarmente delicate in quanto molto vicine al cuore della sovranità nazionale (è il caso, ad esempio, della cooperazione giudiziaria in materia penale) ha reso il fenomeno molto più evidente rispetto al passato⁹.

⁷ Sentenza n. 349 del 2007, punto 6.1.1. del *Considerato in diritto*.

⁸ Si veda ad esempio F. PATERNITI, *La riforma dell'art. 117, comma 1, Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione europea*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2101 ss. D'altronde, l'abbandono dell'art. 11 Cost. avrebbe comportato alcune difficoltà ed incongruenze che cercheremo di mettere in luce nel prosieguo.

⁹ I. VIARENGO, *Corte costituzionale, Corte di giustizia e tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea*, cit. *supra*, nota 1, p. 435 ss.

Infine, vale la pena indicare un ulteriore elemento, che potremmo chiamare "soggettivo", riferito alla presenza, nella composizione della Corte costituzionale, di personalità dotate di specifiche competenze nella materia comunitaria ed internazionale, e ciò a differenza di quanto avveniva in passato: è un dato incontestabile che ogni componente porti nei lavori della Corte il suo bagaglio culturale, le proprie sensibilità giuridiche, il che contribuisce a garantire una lettura pluri-angolare dei medesimi fenomeni giuridici.

2. L'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale

Volendo ora entrare più in dettaglio nell'analisi della giurisprudenza costituzionale recente, sono numerose le decisioni in merito al rapporto tra diritto comunitario e diritto interno e più in generale alle modalità di partecipazione dell'ordinamento italiano al composito sistema giuridico dell'Unione europea¹⁰. L'idea di fondo, lo ribadiamo, appare quella di *consolidare e rafforzare* la posizione del diritto comunitario nei rapporti con il diritto interno, pur nel rispetto di alcune garanzie di fondo legate alla tutela dei principi supremi dell'ordinamento nazionale. Con una certa approssimazione, si può tentare di semplificare il discorso individuando alcuni percorsi comuni.

a. *Puntualizzazione degli effetti dell'entrata in vigore del nuovo art. 117 Cost. (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007)*

Come anticipato, il nuovo testo dell'art. 117, I comma, Cost. ha imposto alla Corte di effettuare alcune precisazioni. Nella parte in cui richiama l'ordinamento comunitario, la novella costituzionale ha posto certamente un problema di armonizzazione con il sistema di risoluzione delle antinomie tra diritto interno e comunitario già operante in base all'art. 11 Cost.

Ho avuto già modo di osservare in altra occasione¹¹ che, in termini generali, la soluzione più corretta appare quella di considerare la nuova disposizione costituzionale come una regola di carattere generale concernente i rapporti tra *il potere legislativo* statale e regionale, da una parte, e la Costituzione e le fonti «esterne» (le consuetudini internazionali, i trattati, l'ordinamento comunitario) dall'altra, intendendo le seconde come vincolo per lo svolgimento del primo. La regola generale deve essere tuttavia coordinata con altre

¹⁰ Utilissimi per una visione di insieme sono i volumi *Viva vox constitutionis. Temi e tendenze nella giurisprudenza costituzionale*, pubblicati ogni anno da Giuffrè editore a cura di V. ONIDA e B. RANDAZZO. L'ultimo dei volumi, pubblicato nel 2008, dedicato alla giurisprudenza costituzionale del 2007, dedica ai «Rapporti con altri ordinamenti» il capitolo XXXVI. V. anche G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 195 ss.

¹¹ R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 585 ss, a. p. 605.

disposizioni, per così dire, «speciali» in quanto riferite a singole categorie di fonti esterne destinatarie della tutela «rafforzata» richiesta dalla prima parte della Costituzione: è il caso dell'art. 10, comma 1, Cost. per quel che concerne le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (consuetudini), rispetto alle quali l'ordinamento italiano si adatta in maniera automatica; dell'art. 11 Cost. per quei trattati internazionali (*in primis*, quelli comunitari) che comportano una limitazione di sovranità per il raggiungimento dei fini ivi indicati¹². La tutela rafforzata si rinviene, per quello che qui interessa, nel *rango costituzionale* che le fonti internazionali richiamate dagli artt. 10, comma 1, e 11 assumono nell'ordinamento interno (nel primo caso, grazie al meccanismo del c.d. "trasformatore permanente" adottato nel testo costituzionale, nel secondo, con l'intervento di una legge che definisca la portata della limitazione di sovranità). Detto rango non appare assicurato dall'art. 117, che si limita ad attribuire alle regole ivi elencate il valore di parametro indiretto («interposto») di costituzionalità, e dunque un rango inferiore a quello della Costituzione: in altri termini, sulla base del solo art. 117 non sarebbe più possibile sostenere che anche i precetti costituzionali debbono trovare armonia con le regole comunitarie¹³, per cui anche per questo motivo non sembra condivisibile la tesi, pur sostenuta da qualche autore, della *sostituzione* dell'art. 117, comma 1, all'art. 11 per la copertura costituzionale dei rapporti tra fonti comunitarie e fonti interne¹⁴.

Dunque, per quel che concerne i rapporti con l'ordinamento comunitario, se il nuovo art. 117 Cost. non introduce novità di rilievo rispetto al sistema di composizione delle antinomie in precedenza costruito in maniera compiuta dalla Corte costituzionale¹⁵, non va sottovalutato che la sua entrata in vigore fornisce una più solida base (anche concettuale) in Costituzione alla garanzia di rispetto di quelle fonti comunitarie (*in primis* le direttive, se invocate nei rapporti c.d. orizzontali) e dell'Unione (tra cui quelle del terzo pilastro del TUE, quali le decisioni quadro) che, non essendo dotate di efficacia diretta, si ritiene non possano godere del regime «speciale» fondato sulla "non applicazione" della norma interna difforme (v. *amplius infra*). In casi del genere, va

¹² Va ricordato inoltre che, ai sensi dell'art. 10, comma 2, Cost., «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

¹³ Corte cost., sentenza n. 399 del 1987: «le norme comunitarie si sostituiscono a quelle della legislazione interna e, se hanno derogato a disposizioni di rango costituzionale, debbono equipararsi a queste ultime, in virtù dell'art. 11 cost.».

¹⁴ S. CATALANO, *L'incidenza del nuovo articolo 117, comma 1, Cost. sui rapporti fra norme interne e comunitarie*, in N. ZANON (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea*, cit. *supra*, nota 1, p. 119 ss.

¹⁵ F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1355 ss.; B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari* in *Foro it.*, 2002, V, c. 229 ss.; A. RUGGERI, *Riforma del titolo V e giudizi di "comunitarietà" delle leggi*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit. *supra*, nota 1.

affermato che l'ordinamento costituzionale non può accettare la vigenza di disposizioni interne incompatibili con i vincoli comunitari, anche se quest'ultimi sono espressi in norme non direttamente efficaci ma comunque vincolanti e dotate di sufficiente portata precettiva: in casi del genere, la soluzione del conflitto passa inevitabilmente attraverso il coinvolgimento della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della norma con le fonti indicate attraverso il parametro (indiretto) dell'art. 11 nonché, appunto, del nuovo art. 117 Cost. La lettura congiunta degli artt. 11 e 117 Cost. consente allora di mantenere nel primo le solide basi costituzionali delle limitazioni di sovranità necessarie per il funzionamento dell'ordinamento comunitario, e nel secondo l'indicazione delle loro conseguenze limitatamente all'esercizio del potere legislativo.

La soluzione alternativa, per cui l'adozione del nuovo testo dell'art. 117 avrebbe come conseguenza quella di (ri)portare la questione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno nell'alveo del giudizio di costituzionalità, rinunciando *tout court* al rimedio della immediata disapplicazione della norma interna incompatibile, non poteva essere percorsa in quanto avrebbe posto l'ordinamento italiano in palese conflitto con i *desiderata* dell'ordinamento comunitario ed in particolare con il sistema di composizione delle antinomie prefigurato nella giurisprudenza della Corte di giustizia: dunque, in definitiva, proprio con il parametro consistente nei «vincoli» dell'ordinamento comunitario, tra i quali senz'altro rientra il rispetto del principio di supremazia in forma decentrata e la conseguente disapplicazione immediata della norma interna difforme. In aggiunta, come prima anticipato, l'abbandono del criterio dell'art. 11 avrebbe comportato che il rispetto dell'ordinamento comunitario sarebbe stato assicurato esclusivamente nei limiti del campo di applicazione dell'art. 117, vale a dire rispetto all'attività del legislatore statale e regionale, mentre avrebbe rischiato di venir meno la valenza costituzionale della partecipazione dell'Italia all'Unione europea.

Questa conclusione, sostenuta dalla maggioranza della dottrina e suggerita nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, è stata da questa pienamente accolta nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007¹⁶.

Dette pronunce si occupano, direttamente, della dibattuta questione del rango da attribuire ai trattati internazionali nel sistema delle fonti all'esito della novella costituzionale, nonché, di conseguenza, del compito affidato rispettivamente ai giudici comuni ed alla Corte costituzionale in presenza di un conflitto tra la disciplina contenuta in un trattato e le leggi interne (nonché

¹⁶ Le due sentenze si leggono in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 197 ss., con i commenti di G. GAJA - E. CANNIZZARO - M. L. PADELLETTI e A. SACCUCCI. V. anche U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 7 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in materia di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 572 ss.

con la Costituzione stessa). La conclusione raggiunta dalla Corte, pur con alcune variazioni di accenti, è identica nelle due pronunce: i trattati internazionali di cui l'Italia è parte fungono da parametro nello svolgimento del giudizio di costituzionalità, ex art. 117 Cost., delle leggi interne. In effetti, dalla lettera, nonché dall'avvenuta attuazione della disposizione medesima con legge 5 giugno 2003, n. 131 (art. 1), appariva difficile negare che il nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost. avesse l'effetto di introdurre nell'ordinamento italiano, nel solco di quanto già avviene in altri sistemi europei, un sistema tradizionale di controllo centralizzato del rispetto dei trattati internazionali, affidato alla Corte costituzionale. I trattati internazionali configurano quindi un *parametro interposto* di costituzionalità delle leggi, capace di intervenire ogni qual volta il rapporto tra la fonte interna e quella pattizia non possa essere definito ricorrendo a criteri ermeneutici quali il principio della interpretazione conforme della legge ai trattati internazionali o il principio di specialità¹⁷.

L'occasione è tuttavia apparsa utile alla Corte per fissare alcuni punti fermi in tema di differenziazione tra i "comuni" trattati internazionali e quelli comunitari. In particolare, a fronte della tendenza crescente, nella giurisprudenza interna, di risolvere i conflitti tra le leggi e la Convenzione europea utilizzando i rimedi propri del diritto comunitario (*in primis*, quello della disapplicazione della legge interna incompatibile)¹⁸, è apparso necessario chiarire che la *limitazione della sovranità* ex art. 11 Cost. concerne *esclusivamente* l'ordinamento giuridico comunitario. La Corte sostiene infatti che con la ratifica dei Trattati comunitari l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento giuridico, quello comunitario, «autonomo, integrato e coordinato con quelli interni», con contestuale trasferimento, in base all'art. 11 Cost., dell'esercizio di poteri anche normativi nei settori definiti dai Trattati¹⁹. La Corte precisa che solo la CE produce norme dotate di una posizione di supremazia rispetto a quelle interne e di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali (ma non è

¹⁷ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 292 ss. Sulla soluzione raggiunta dalla Corte si vedano anche i rilievi critici di G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 321 ss.

¹⁸ V. ad esempio Cass., sez. I, sentenza n. 6672 del 1998; Cass., sezioni unite, sentenza n. 28507 del 2005; Corte app. di Roma, sez. lav., ord. 11 aprile 2002. V. in proposito F. DONATI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 691 ss.

¹⁹ Sentenza n. 348 del 2007, punto 3.3: «Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri».

certo da escludere che anche altri accordi internazionali, *in primis* la stessa CEDU, contengano norme "direttamente efficaci" o *self-executing*²⁰).

Nelle medesime sentenze la Corte chiarisce inoltre che il richiamo alla CEDU effettuato dall'art. 6 TUE, al par. 2, non comporta in alcun modo l'incorporazione della Convenzione *in quanto tale* nell'ordinamento comunitario (interpretazione, questa, confermata nella sentenza n. 306 del 2008): la Corte chiarisce correttamente che la Convenzione viene citata, in quella sede, come "fonte di ispirazione" esterna all'ordinamento comunitario per la ricostruzione della portata e del contenuto di principi generali del diritto e dunque per garantire tutela, nel contesto e nell'ambito di applicazione di quell'ordinamento, ai diritti fondamentali dell'uomo. Dunque, la violazione della CEDU, in ipotesi realizzata con una legge interna, non consente al giudice di non dare applicazione a quest'ultima, dovendo invece il conflitto essere risolto con la rimessione della questione alla Corte costituzionale affinché dichiarati la illegittimità costituzionale della legge per violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost.

Va precisato, *per incidens*, che secondo alcuni autori²¹ dalla recente giurisprudenza della Corte emergerebbe l'intenzione di abbandonare la teoria della separazione/coordinamento di ordinamenti che restano autonomi, in favore di una visione di tipo integrazionista/monista. Ciò emergerebbe dalla novità costituita dal riferimento, effettivamente fuori schema se si guarda alla giurisprudenza precedente, all'*integrazione* degli ordinamenti, contenuto nella sentenza n. 348 del 2007 e più esplicitamente nell'ordinanza n. 103 del 2008, con la quale per la prima volta si è provveduto ad operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (v. *infra*): nella pronuncia da ultimo citata, infatti, la Corte sostiene che, ratificando i trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè di un ordinamento giuridico «autonomo, integrato e coordinato con quello interno». È presto per dire se si

²⁰ Il passaggio della sentenza n. 348, citato nella nota precedente, in merito alla natura della CEDU è dunque poco condivisibile (v. sul punto L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss.), e porta apparentemente la Corte costituzionale ad occuparsi di tutti i casi di conflitto tra norma interna e norma convenzionale, compresi quelli in cui la seconda segua cronologicamente quella interna e si presenti come *self-executing*. Per uno svolgimento di questo principio cfr. la sentenza n. 39 del 2008, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 536 ss., con mio commento (*Anche le leggi precedenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo debbono essere rimosse dalla Corte costituzionale?*, *ivi*, p. 456 ss.), nonché le osservazioni di B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 581 ss.

²¹ E. BARTOLONI, *Un nuovo orientamento della Corte Costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 511 ss.; S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in www.forumcostituzionale.it. Anche prima delle pronunce costituzionali citate nel testo si sosteneva in dottrina che, a differenza di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza *Granital* (n. 170 del 1984), i due ordinamenti sono oggi «indissolubilmente integrati». Così A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit. *supra*, nota 1, p. 405 ss., a p. 406.

tratti di una svolta consapevole o solo di un *eccesso di aggettivi*, tra di loro difficilmente compatibili. In attesa di ulteriori elementi, va comunque sottolineato che queste espressioni vengono utilizzate in un contesto in cui la precisazione in merito ai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno non era oggetto primario della pronuncia della Corte.

Per riassumere, dalla giurisprudenza costituzionale possono ricavarsi conferme di un dato: per quel che concerne i rapporti con l'ordinamento comunitario, il nuovo art. 117 Cost. non introduce novità di rilievo rispetto al sistema di composizione delle antinomie indicato in maniera compiuta dalla Corte costituzionale. Nell'ordinanza n. 406 del 2005 la Corte sostiene, correttamente, che «in base alla consolidata giurisprudenza di questa Corte, fondata sull'art. 11 della Costituzione, il giudice nazionale deve dare piena ed immediata attuazione alle norme comunitarie provviste di efficacia diretta e non applicare in tutto o in parte le norme interne con esse ritenute inconciliabili, ove occorra previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE».

3. *Segue: b. Conferma del ruolo primario del giudice comune e di quello sussidiario della Corte costituzionale nell'applicazione del diritto comunitario*

In più occasioni, la Corte ha precisato che, nei giudizi dinanzi ai giudici italiani, il vincolo posto dall'ordinamento comunitario opera con modalità diverse. Nel caso in cui il giudizio si svolga dinanzi al giudice comune, spetta a quest'ultimo garantire la piena ed immediata applicazione delle regole comunitarie, per cui gli è «precluso di applicare le leggi nazionali ove le ritenga non compatibili con norme comunitarie direttamente efficaci». Un'eventuale questione di legittimità costituzionale della legge incompatibile incontrerebbe quindi un insormontabile ostacolo procedurale: la questione sarebbe infatti inammissibile per difetto di rilevanza, e gli atti sarebbero restituiti al giudice *a quo*, spettando a quest'ultimo provvedere alla disapplicazione della legge interna. Appare dunque pienamente accolto, nella giurisprudenza costituzionale, il ruolo, esaltato nella giurisprudenza comunitaria in una serie di pronunce storiche, del giudice comune come «giudice naturale» del diritto comunitario²² dotato del potere/dovere di dare *piena ed immediata* tutela alle situazioni giuridiche attribuite dal diritto comunitario, anche allo scopo di garantire la contestuale ed uniforme applicazione delle sue disposizioni nell'in-

²² R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976; A. BARAV, *La plénitude des compétences du juge nationale en qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 1 ss. Per la dottrina più recente cfr. M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006; P. PIVA, *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*. Napoli, Jovene, 2008.

tero territorio comunitario²³.

Nella sentenza n. 284 del 2007, chiamata da diversi giudici a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina nazionale in tema di giochi e scommesse rispetto alle disposizioni del Trattato in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, la Corte costituzionale ha quindi potuto precisare che «nel sistema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, quale risulta dalla giurisprudenza di questa Corte, consolidatasi, in forza dell'art. 11 della Costituzione, soprattutto a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, le norme comunitarie provviste di efficacia diretta precludono al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno, quando egli non abbia dubbi – come si è verificato nella specie – in ordine all'esistenza del conflitto. La non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente da questa Corte, del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona». Per rispondere ai dubbi manifestati dai giudici *a quibus*, la Corte costituzionale ha correttamente aggiunto che detto vincolo di "non applicazione" permane anche qualora, come si era avverato nel caso di specie, una diversa conclusione sulla correttezza comunitaria della legge in questione fosse stata in precedenza raggiunta in un «orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità, nel senso della sussistenza di esigenze di ordine pubblico a fondamento delle misure restrittive delle libertà comunitarie in esame» (artt. 43 e 49 CE). Ciò in quanto «un'erronea applicazione», da parte della Cassazione, dei parametri di valutazione forniti dalla Corte di giustizia nelle sue pronunce relative alla medesima questione²⁴, «non vale certo a trasformare in

²³ Come affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629, e in questa *Rivista*, 1978, p. 285 con commento di F. CAPELLI, *Conflitto fra Corte di Giustizia di Lussemburgo e Corte Costituzionale italiana*, p. 289 ss. e poi ribadito in una serie di pronunce successive (si veda ad esempio la sentenza 13 marzo 2007 in causa n. C-432/05, *Unibet*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2271) in maniera da estendere e consolidare, in una miriade di situazioni, uno dei principi fondamentali del diritto comunitario, «qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria. È quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie. Ciò si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario ed una legge nazionale posteriore, la soluzione fosse riservata ad un organo diverso dal giudice cui è affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario, e dotato di un autonomo potere di valutazione, anche se l'ostacolo in tal modo frapposto alla piena efficacia di tale diritto fosse soltanto temporaneo». La rigidità dell'impostazione della Corte ha notoriamente fatto fatica ad imporsi nell'ordinamento italiano.

²⁴ La Corte costituzionale si riferiva alle pronunce della Cassazione (in particolare, il filone di sentenze culminato con l'intervento delle sezioni unite penali del 26 aprile 2004, n. 111, *Gesualdi*) in tema di compatibilità con i principi del Trattato in tema di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi della disciplina italiana sui giochi e sulle scommesse. La questione aveva dato

questione di costituzionalità una questione di compatibilità della legge nazionale con norme comunitarie provviste di effetto diretto».

Nella medesima pronuncia la Corte costituzionale ha inteso ribadire quanto già affermato nelle sentenze n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985 in merito alla portata della giurisprudenza della Corte di giustizia: le sue pronunce hanno, «al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni». Nel caso in cui, in ordine alla portata di dette pronunce, i giudici nazionali nutrano "dubbi rilevanti", è a loro disposizione il meccanismo del rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 234 del Trattato CE quale «fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri».

Come emerge anche dalla sentenza ora ricordata, il riconoscimento del ruolo del giudice comune come garante – in collaborazione con la Corte di giustizia – della corretta applicazione del diritto comunitario non esclude che la Corte costituzionale mantenga una sua pur limitata "riserva di intervento": in linea generale, si può affermare che detto ruolo si rinviene, in maniera sussidiaria, in tutti i casi in cui il "meccanismo principe" ora ricordato non possa, per qualche motivo, trovare concreto svolgimento. Tentando anche qui una schematizzazione, la Corte costituzionale interviene soltanto:

i. in caso di asserita violazione del diritto comunitario invocata in un ricorso proposto in via principale (da ultimo sentenza n. 102 del 2008), ad esempio nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato ovvero nei giudizi di costituzionalità in cui viene in rilievo il rispetto delle competenze proprie degli organi titolari di *potestas* legislativa. In tali situazioni le norme comunitarie (prescindendo dal loro rango nell'ordinamento di provenienza) fungono da «norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale ex art. 117 Cost. o più precisamente rendono concretamente operativo il parametro costituito dall'art. 117 primo comma, Cost.» (ordinanza n. 103 del 2008). Ovviamente, lo stesso vale qualora sia la Regione o altro ente territoriale a ciò legittimato (province autonome) ad impugnare la legge statale. In entrambi i casi, come di norma avviene nei giudizi di costituzionalità delle leggi, l'intervento della Corte costituzionale comporta la declaratoria di incostituzionalità della legge incompatibile, sicché questa viene definitivamente rimossa, con effetti *ex tunc*, dall'ordinamento italiano. Nessun ostacolo procedurale preclude alla Corte, in casi

luogo ad una serie di interventi della Corte di giustizia, in particolare la sentenza 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, *Gambelli e a.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13031 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 528), il cui testo conteneva alcune argomentazioni che erano parse, nell'opinione della Corte di cassazione, tali da poter giustificare la disciplina italiana in quanto finalizzata alla tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. Sulla medesima questione la Corte del Lussemburgo si è successivamente espressa nella sentenza 6 marzo 2007 in cause riunite n. C-338/04, n. C-359/04 e n. C-360/04, *Placanica e a.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1891 e annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 332).

del genere, di svolgere sino in fondo il suo ruolo di garante del rispetto della Costituzione, in particolare degli artt. 11 e 117, espungendo definitivamente dall'ordinamento, con valore *erga omnes*, la legge incompatibile con gli obblighi comunitari.

ii. in caso di violazione della delega legislativa conferita al Governo ex art. 76 Cost. per l'attuazione delle direttive (sentenza n. 44 del 2008). Qualora la legge di delegazione operi un riferimento diretto ad una direttiva comunitaria, imponendone il rispetto all'organo delegato, il decreto successivamente adottato può essere impugnato dal giudice dinanzi alla Corte costituzionale in un giudizio in via incidentale qualora il Governo non si sia attenuto ai vincoli della delega (e dunque al rispetto della direttiva), violando così l'art. 76 Cost.

È tuttavia necessario effettuare una distinzione: l'intervento della Corte è indispensabile soltanto qualora la direttiva comunitaria che funge da parametro non possa spiegare efficacia diretta in quanto non risulti chiara, precisa ed incondizionata o venga invocata nei rapporti interprivatistici; qualora invece la medesima direttiva, o parte di essa, sia dotata di efficacia diretta, per i motivi indicati in precedenza il giudice non deve, a pena di violare il *dictum* della sentenza *Simmenthal*, sollevare la questione di costituzionalità, ma è tenuto a disapplicare il provvedimento delegato se lo ritiene incompatibile con la direttiva. Va infatti ribadito che ciò che il diritto comunitario non consente è che sia frapposto qualsiasi ostacolo al potere/dovere del giudice nazionale di tutelare in maniera immediata i diritti attribuiti dalle norme comunitarie. Ciò ovviamente non esclude che lo Stato sia tenuto comunque ad intervenire per eliminare definitivamente dal proprio ordinamento la legge in compatibile con gli obblighi comunitari, e che il mancato assolvimento di detto obbligo di "depurazione" dell'ordinamento (al quale si provvede solitamente, ma non esclusivamente, con l'adozione della legge comunitaria annuale adottata in applicazione della legge n. 11 del 2005, che ha sostituito la legge c.d. "La Pergola" n. 86 del 1989) possa essere fatto valere in un procedimento di infrazione a carico dello Stato italiano.

iii. in caso di contrasto tra leggi interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta. Sin dalla sentenza n. 170 del 1984 si legge nella giurisprudenza costituzionale che il rimedio della "non applicazione" delle leggi interne come strumento di soluzione delle antinomie può essere utilizzato soltanto qualora le norme comunitarie siano dotate dei caratteri propri della "efficacia diretta". In caso contrario, la norma interna deve essere sottoposta ad un giudizio di costituzionalità. Si avverte tuttavia la necessità di chiarire quali fonti comunitarie *non* siano provviste di efficacia diretta. Di certo non sono da escludere, nonostante opinione contraria di alcuni autori²⁵, i principi gene-

²⁵ A. BARBERA, *I (non ancora chiari) "vincoli" internazionali e comunitari nel primo comma dell'art. 117 della Costituzione*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit. *supra*, nota 1, p. 113; per la soluzione opposta v. la corretta analisi di G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi integr. eur.*, 2009, p. 23 ss.

rali del diritto (inclusi quelli concernenti i diritti fondamentali dell'uomo) ed il diritto di origine giurisprudenziale (sentenza Corte cost. n. 113 del 1985). Non è difficile, infatti, rinvenire sentenze della Corte di giustizia in cui giudici nazionali hanno rivolto alla Corte di giustizia richieste di interpretazione in via pregiudiziale aventi ad oggetto principi generali del diritto comunitario, al dichiarato fine di valutare la compatibilità con questi di disposizioni nazionali²⁶.

In breve, possono distinguersi due casi in cui la norma comunitaria non è ritenuta capace di attribuire direttamente posizioni giuridiche invocabili in giudizio: in una prima ipotesi, detta norma, pur contenuta in una fonte vincolante (ad esempio, il Trattato CE), non è dotata dei requisiti (chiarezza, precisione ed assenza di condizioni) necessari per l'attribuzione ai soggetti interessati di un diritto azionabile in giudizio²⁷; in una seconda ipotesi, la norma comunitaria contiene sì precetti chiari, precisi e incondizionati, ma la stessa si rinviene in un tipo di atto che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, non può *di per sé e in assenza di una normativa nazionale di recepimento* essere invocato in giudizio in maniera da procurare una posizione di svantaggio in capo ad un soggetto privato. Esempio della prima categoria è il principio di leale collaborazione tra Stati membri e Comunità di cui all'art. 10 CE²⁸, in particolare il suo corollario che impone agli Stati l'adozione di un sistema adeguato di sanzioni al fine di prevenire e punire violazioni delle norme comunitarie²⁹; esempio della seconda categoria è, come è noto, qualsiasi dispo-

²⁶ Per ricordare un solo caso recente, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-213/07, *Michaniki*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in cui la disciplina (costituzionale!) greca in materia di appalti e cause di esclusione alle gare è stata dichiarata non compatibile con il principio comunitario di proporzionalità.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia 15 gennaio 1986 in causa n. 44/84, *Hurd*, in *Raccolta*, 1986, p. 29 ss.

²⁸ Tuttavia, a seguito delle sentenze 13 gennaio 2004 in causa n. C-453/00, *Kühne & Heitz NV e Productschap voor Pluimvee en Eieren*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837 (cfr. il commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, in questa *Rivista*, 2004, p. 489 ss.), e 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, appare difficile sostenere che all'art. 10 CE non possa mai essere riconosciuta efficacia diretta. Questa conclusione trova conforto inoltre nella sentenza 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, *Berlusconi e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3565 ss., al punto 72, ove si legge che «È vero che, nel caso in cui i giudici del rinvio, sulla base delle soluzioni loro fornite dalla Corte, dovessero giungere alla conclusione che i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, a causa di talune disposizioni in essi contenute, non soddisfano l'obbligo del diritto comunitario relativo all'adeguatezza delle sanzioni, ne deriverebbe, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, che gli stessi giudici del rinvio sarebbero tenuti a disapplicare, di loro iniziativa, i detti nuovi articoli, senza che ne debbano chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

²⁹ Sentenza 15 gennaio 2004 in causa n. C-230/01, *Penycoed*, punto 36, in *Raccolta*, 2004, I, p. 937, punto 40: «Qualora una normativa comunitaria non contenga alcuna disposizione specifica che preveda una sanzione in caso di trasgressione o faccia rinvio, al riguardo, alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali, l'art. 10 CE impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte ad assicurare la portata e l'efficacia del diritto comunitario». V. anche, *ex multis*, sentenze 21 settembre 1989 in causa n. 68/88, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1989, p. 2965, punto 23 e in questa *Rivista*, 1990, p. 395 con commento di P. DE FRANCESCHI, *Le sanzioni nel diritto comunitario*, p. 403 ss.; 10 luglio 1990 in causa n. C-326/88, *Hansen*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2911, punto 17; 26 ottobre 1995 in causa n. C-36/94, *Siesse*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3573,

sizione contenuta in una direttiva comunitaria, se non trasposta – o se trasposta in maniera non corretta – nell'ordinamento interno³⁰ ed invocata nei rapporti "orizzontali".

Analizziamo in questa sede esclusivamente l'ipotesi delle direttive comunitarie non (correttamente) trasposte. La distinzione, operata dalla Corte di giustizia, tra effetti diretti orizzontali (esclusi) e verticali (ammessi) – ed in particolare il principio per cui la direttiva comunitaria non può, *di per sé*, essere invocata nei rapporti tra privati – non esclude che questa, in quanto fonte comunitaria «obbligatoria» ai sensi dell'art. 249 del Trattato CE, possa comunque avere una sua incidenza nel sistema «integrato» delle fonti. Le direttive contengono infatti norme giuridiche *vincolanti per gli Stati membri* che godono di una posizione di «*primauté*» rispetto a quelle nazionali. La posizione raggiunta dalla Corte in merito all'applicazione delle direttive non direttamente efficaci non sembra possa escludere un intervento a livello di ordinamenti interni, in applicazione dei rimedi ivi previsti allo scopo di garantire il rispetto dei vincoli comunitari. Nell'ordinamento italiano, qualora le direttive comunitarie non producano effetti diretti (ad esempio perché invocate in controversie tra privati, o difettino di alcuni elementi indispensabili per poter essere utilmente invocate in giudizio in quanto produttive di posizioni giuridiche perfette), e nell'impossibilità di dar corso all'*interpretazione adeguatrice* delle regole interne³¹, rimedio peraltro portato agli estremi dalla giurisprudenza comunitaria³², non sussiste in capo ai giudici comuni il potere di sancirne in maniera diffusa la prevalenza su di una legge interna eventualmente difforme.

punto 20; 27 febbraio 1997 in causa n. C-177/95, *Ebony Maritime e Loten Navigation*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1111, punto 35; 30 settembre 2003 in causa n. C-167/01, *Inspire Art*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10155, punto 62.

³⁰ Sentenze 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, 1986, p. 723, punto 48 e in questa *Rivista*, 1987, p. 87 con commento di F. CAPELLI, *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, in questa *Rivista*, p. 98; 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325, punto 20 e in questa *Rivista*, 1994, p. 361 con commento di F. CAPELLI, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, p. 367; 7 gennaio 2004 in causa n. C-201/02, *Wells*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 723, punto 56; 25 ottobre 2005 in causa n. C-350/03, *Schulte*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9215, punto 70 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 61. In generale, v. R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza*, il *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 43 ss.

³¹ V. per tutte le sentenze 10 aprile 1984 in causa n. 14/83, *Von Colson and Kamann*, in *Raccolta*, 1984, p. 1891, punto 26; 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135; 25 febbraio 1999 in causa n. C-131/97, *Carbonari e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1103, punto 48 e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 482; 27 giugno 2000 in cause riunite da n. C-240/98 a n. C-244/98, *Oceano Grupo Editorial*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941, punto 30 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 638; 4 luglio 2006 in causa n. C-212/04, *Adeneler*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6057, punto 106.

³² V. ad esempio la sentenza del 5 ottobre 2004 in causa n. C-397/01, *Pfeiffer*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8835 e in questa *Rivista*, 2004, p. 751 con commento di F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico*, p. 755, nella quale è stata qualificata come *interpretazione conforme* l'operazione richiesta al giudice nazionale di escludere l'applicazione, nei rapporti tra privati, di una norma speciale contrastante con una direttiva, aprendo così la strada all'applicazione di una norma generale, compatibile con la direttiva medesima.

Si discute tuttavia se l'intervento di una sentenza della Corte di giustizia, sia in sede di interpretazione della direttiva medesima, sia in sede di accertamento della violazione, da parte di uno Stato membro, dell'obbligo di darvi corretta esecuzione, sia capace di modificare la natura della fonte oggetto di intervento e dunque di correggerne il "vizio" di origine³³.

Quanto sinora affermato non consente tuttavia di escludere che si sia realizzata una situazione di antinomia: in ogni caso, l'adozione o il mantenimento in vigore di una disciplina interna divergente rispetto alla direttiva realizza una violazione degli obblighi comunitari, quali emergono dagli artt. 10 e 249 del Trattato nonché dalla direttiva stessa. Detta situazione di antinomia, non consentendo all'ordinamento italiano di garantire il raggiungimento dei risultati di integrazione voluti dalla direttiva, ha evidentemente un rilievo costituzionale: vanificando gli effetti delle cessioni di sovranità operate con l'adesione ai trattati comunitari, la legge incompatibile è viziata da illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.

In altri termini, nell'ottica della Corte costituzionale le leggi interne in contrasto con il diritto comunitario comportano *in ogni caso* una violazione dell'art. 11 Cost. Tuttavia, qualora il conflitto si riferisca a norme comunitarie dotate di efficacia diretta, la questione di legittimità costituzionale non può essere sollevata, a pena di irricevibilità per difetto di rilevanza, in quanto le regole proprie dell'ordinamento a cui l'art. 11 Cost. fa riferimento attribuiscono al giudice comune il compito di risolvere immediatamente (all'occorrenza interrogando la Corte di giustizia ex art. 234 CE) il conflitto disapplicando la norma interna per far posto all'unico precetto rilevante nella fattispecie, quello comunitario. L'intervento di "depurazione" dell'ordinamento interno – ai fini, soprattutto, di certezza del diritto – deve comunque realizzarsi, ed a ciò si provvede, normalmente, ricorrendo ai meccanismi previsti dalla legge n. 11 del 2005.

Qualora invece la norma comunitaria in questione *non* sia dotata di efficacia diretta, trattandosi comunque di una situazione normativa non conforme agli obblighi comunitari e dunque riconducibile nell'ambito di applicazione degli artt. 11 e 117 Cost., l'antinomia deve comunque essere risolta e non può che trovare compimento secondo le regole generali del nostro ordinamento, vale a dire con il necessario intervento della Corte costituzionale. Il giudice comune deve dunque sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione degli artt. 11 e 117, in riferimento alla norma

³³ Esclude questo effetto della giurisprudenza comunitaria Cass. pen. sez. III, ord. 16 gennaio 2006, n. 1414, *Rubino*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 206 ss. In senso affermativo v. invece V. ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 549 ss., e F. PATERNITI, *La riforma dell'art. 117, comma 1, Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione europea*, cit. *supra*, nota 8, p. 2123.

comunitaria che opera, dunque, da parametro interposto di costituzionalità.

L'alternativa a questa ricostruzione sarebbe quella di tollerare nell'ordinamento interno, per tutte le fattispecie "orizzontali" o per i casi di disposizioni "incomplete", la vigenza di norme interne incompatibili con una direttiva, e continuare ad applicarle in attesa di una loro espressa o implicita abrogazione: appare evidente che questa soluzione è tutt'altro che soddisfacente, in quanto l'intervento statale potrebbe tardare o non arrivare mai, e nel frattempo il divario tra la disciplina interna e quella comunitaria rimarrebbe attuale e continuerebbe a produrre sia gli effetti distorsivi sul corretto funzionamento del mercato interno, sia le discriminazioni, di certo non indifferenti dal punto di vista costituzionale, tra soggetti tutelati (ad esempio lavoratori nel settore pubblico) e non tutelati (lavoratori nel settore privato) conseguenti alla distinzione tra effetti diretti verticali ed orizzontali. L'eventuale accesso del singolo, pregiudicato dalla impossibilità di invocare la direttiva nella sua portata sostanziale, al rimedio risarcitorio è questione che concerne profili diversi dal rapporto tra le fonti e che dunque non risolve i problemi di disarmonia comunitaria provocati dalla vigenza della norma incompatibile.

Come si diceva, la soluzione qui proposta trova fondamento nella giurisprudenza costituzionale ed appare comunemente accettata in dottrina³⁴. Nella già citata pronuncia *Granital* (n. 170 del 1984) si rinviene infatti la precisazione che il fenomeno della ritrazione/non applicazione della regola nazionale opera «solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno. *Fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia; e d'altronde, è appena il caso di aggiungere, essa soggiace al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità*» (corsivo aggiunto). Più di recente, la Corte ha ribadito questa conclusione in una serie di *obiter dicta*: nel sottolineare che, nel caso di specie, il giudice *a quo* avrebbe dovuto operare

³⁴ V. *ex multis* G. TESAURO, *Diritto comunitario*, IV ed., Padova, Cedam, 2008, p. 203 ss.; A. LA PERGOLA, *Costituzione ed integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 1998, p. 819 ss.; M. CARTABIA - J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 191 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1193 ss.; A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1583 ss.; V. ONIDA, *"Armonia tra diversi" e problemi aperti*, cit. *supra*, nota 33, p. 551 ss.; R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del "falso in bilancio"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 624; A. CELOTTO, *L'efficacia delle fonti europee nell'ordinamento italiano*, Torino, Utet, 2003, p. 209 ss.; M. CONDINANZI, *L'adattamento al diritto comunitario e dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 52; G. STROZZI, *Diritto istituzionale dell'Unione europea*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2009, p. 384; G. GAJA, *La Corte costituzionale di fronte al diritto comunitario*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea*, cit. *supra*, nota 1, p. 255 ss.

autonomamente (o con il coinvolgimento della Corte di giustizia) il giudizio di compatibilità, la Corte ha precisato nella sentenza n. 284 del 2007 che «il giudice rimettente, pertanto, non prospetta una questione di compatibilità tra norme interne e norme comunitarie prive di effetto diretto, ipotesi nella quale, come in precedenza affermato da questa Corte, la fonte statuale serberebbe intatto il suo valore e soggiacerebbe al controllo di costituzionalità (sentenza n. 170 del 1984, nonché sentenza n. 317 del 1996 e ordinanza n. 267 del 1999), ma si duole che la normativa in esame confligga con norme comunitarie pacificamente provviste di effetto diretto».

Va sottolineato che, al momento, non si rinvencono pronunce in cui la Corte costituzionale è giunta alla conclusione di dichiarare costituzionalmente illegittima, per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., una legge interna incompatibile con una norma comunitaria non provvista di efficacia diretta. Ciò è tuttavia dipeso dall'intervento di fattori "esterni", quale ad esempio la successiva adozione di una legge (*ius superveniens*) che ha consentito di superare in radice il problema di costituzionalità (ordinanza n. 126 del 2007, in materia di rifiuti; ordinanza n. 70 del 2006, in tema di false comunicazioni sociali), ovvero dalla decisione della Corte di pronunciare l'incostituzionalità della legge sulla base di parametri differenti da quelli prima indicati (ordinanza n. 202 del 2006, in materia di comunicazioni elettroniche). In altri casi, infine, la Corte ha escluso, nel caso specifico, la presenza di una violazione del diritto comunitario (e dunque degli artt. 11 e 117), con ciò implicitamente confermando che, nella situazione opposta, sarebbe intervenuta con una dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge impugnata (sentenza n. 214 del 2009; ordinanza n. 267 del 1999; sentenza n. 316 del 1997).

Infine, va aggiunto che in casi del genere, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale si ricava che, rinvenendosi il parametro interposto di costituzionalità nell'ordinamento comunitario, l'eliminazione della legge (o dell'atto avente valore di legge) che si ritiene incostituzionale deve avvenire secondo un sistema complesso, definito in dottrina della "doppia pregiudizialità". In primo luogo, a parere della Consulta, in presenza di una disposizione comunitaria che non sia "di chiara evidenza", è necessario il «definitivo» chiarimento sulla sua portata; e questo chiarimento non può essere frutto della valutazione autonoma del giudice comune, ma deve avvenire, afferma la Corte costituzionale, nel rispetto delle «regole dettate all'uopo dall'ordinamento comunitario»³⁵: dunque, attraverso il necessario coinvolgimento della Corte di giustizia per ottenere l'interpretazione delle disposizioni comunitarie pertinenti. Solo l'intervento della Corte di Lussemburgo, infatti, consentirebbe di sciogliere ogni dubbio sulla portata della norma comunitaria che funge da parametro interposto di costituzionalità, e quindi alla Corte costituzionale di

³⁵ Ordinanza n. 536 del 1995.

pronunciarsi con certezza laddove il suo intervento risulti tuttora indispensabile per «depurare» l'ordinamento da disposizioni normative in conflitto con quelle comunitarie. Dunque, spetta al giudice comune che indichi una norma comunitaria a presupposto della censura di costituzionalità prospettare alla Corte, nella sua ordinanza di rinvio, quella «interpretazione certa ed affidabile che assicuri l'effettiva (e non già ipotetica o comunque precaria) rilevanza e non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale»³⁶. Interpretazione che può derivare da una precedente pronuncia della Corte di giustizia ovvero, in mancanza di precedenti, da una sentenza pregiudiziale appositamente richiesta prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

iv. Inoltre, la Corte costituzionale ha inteso ritagliarsi un ruolo in presenza delle c.d. «discriminazioni a rovescio», vale a dire qualora l'attribuzione di posizioni giuridiche di vantaggio nelle fattispecie di rilevanza comunitaria (dunque, non necessariamente a soggetti non italiani) comporti una posizione di disparità nei confronti di soggetti che, *a parità di condizioni*, non ottengono i medesimi vantaggi in quanto, in assenza di elementi "transfrontalieri", rimangono soggetti alle regole più restrittive imposte dalle leggi interne. La soluzione sposata dalla Corte in alcune decisioni è nel senso di pronunciare l'illegittimità costituzionale della legge interna che produce detti svantaggi, con la conseguenza di estenderli anche alle fattispecie meramente interne³⁷. Va tuttavia segnalata una novità di estremo interesse quanto al trattamento delle c.d. «discriminazioni a rovescio», con la quale potrà con ogni probabilità essere superata anche questa riserva di intervento della Corte costituzionale: le disparità di trattamento che possono prodursi rispetto a situazioni «meramente interne» sono oggetto di un intervento legislativo, precisamente dell'art. 6 della legge 7 luglio 2009, n. 88 («Legge comunitaria per il 2008»), il quale, nell'inserire un nuovo art. 14 *bis* nella legge 4 febbraio 2005, n. 11, prevede che «nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alle condizioni e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale». Volendo in questa sede prescindere da valutazioni critiche, che pure potrebbero essere svolte, sulla portata di questa novità legislativa, va evidenziato che la formulazione molto ampia della nuova disposizione comporta che al giudice comune sarà attribui-

³⁶ V. anche Corte cost., ordinanze nn. 108 e 109 del 1998.

³⁷ Corte cost., sentenza n. 249 del 1995, in materia di riconoscimento di diritti in favore di lettori universitari di lingue straniere; sentenza n. 443 del 1997, in materia di produzione e commercializzazione di paste alimentari. Sul punto si vedano G. GAJA, *Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 993 ss.; B. NASCIBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit. *supra*, nota 1, p. 381 ss.

to il compito, delicatissimo, non solo di individuare la presenza di una «discriminazione al rovescio», ma soprattutto, in caso se ne rinvenga alcuna (precedenti o successive alla disposizione in questione), di disapplicare i provvedimenti di carattere legislativo che le producono. In definitiva, si tratta della prima ipotesi, a nostra conoscenza, di provvedimento legislativo di rango ordinario che consente al giudice di disapplicare altri atti del medesimo rango, senza che questo risultato sia imposto dal diritto comunitario, ma bensì da esigenze (costituzionali) di eguaglianza di trattamento. Si tratterà di verificare se a questa disposizione potrà essere riconosciuta una "forza di resistenza" rispetto ad eventuali *successive* disposizioni legislative dello stesso rango produttive di «discriminazioni a rovescio».

4. *Segue: c. Mantenimento della riserva di intervento della Corte costituzionale in applicazione della teoria dei «contro limiti»*

La giurisprudenza recente della Corte conferma infine che rimane sullo sfondo la teoria (mai concretamente applicata, ma probabilmente efficace proprio perché "latente") dei c.d. controlimiti. Duplice è il punto di partenza dell'intera ricostruzione: in primo luogo, va sottolineato il principio di carattere generale, ben messo in luce dalla Corte costituzionale, per cui «le norme sui diritti fondamentali sancite dal diritto internazionale convenzionale e dal diritto comunitario costituiscono norme di grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione» (sentenza n. 393 del 23 novembre 2006). La corretta applicazione di questo principio, che a sua volta trova le sue radici in quello che è stato felicemente definito il «patrimonio costituzionale comune europeo»³⁸ consente, nella maggior parte dei casi, di evitare in radice situazioni di conflitto.

In secondo luogo, va evidenziato che la valutazione della compatibilità di determinati precetti con i principi in materia di diritti fondamentali deve in linea di principio realizzarsi all'interno del sistema al quale le regole in questione appartengono, con l'utilizzo dei metodi propri di quel sistema: dunque, è nel sistema comunitario di tutela dei diritti umani, intesi come «principi costituzionali del Trattato CE»³⁹ che deve essere svolto lo scrutinio delle norme

³⁸ A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

³⁹ Nella sentenza 3 settembre 2008 in cause riunite n. C-402/05 P e n. C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, la Corte di giustizia sembra aver sposato uno *standard* di tutela ancora più elevato, ponendo i principi codificati all'art. 6 del TUE, ed in particolare i diritti fondamentali dell'uomo, tra i principi "supremi" che reggono l'ordinamento comunitario. Da ciò discende che altre disposizioni del Trattato (in particolare, l'art. 307 CE) che pure, in altri contesti, consentono delle deroghe al diritto primario allo scopo di rispettare trattati conclusi dagli Stati membri precedentemente alla entrata in vigore del Trattato CE nei loro confronti, non possono in alcun modo «essere intese nel senso che autorizzano una deroga ai principi di libertà, di democrazia nonché di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sanciti dall'art. 6, n. 1, UE quale fondamento dell'Unione» (punto

comunitarie, ricorrendo ai meccanismi giurisdizionali che vedono la Corte di giustizia fungere da unico giudice della validità delle norme comunitarie.

Ciò premesso, è il caso di ricordare che, a partire dalla sentenza n. 1973 del 1983, la Corte costituzionale, pur accettando, sulla base di una innovativa interpretazione dell'art. 11 Cost., la copertura costituzionale delle limitazioni di sovranità realizzatesi con la partecipazione ai trattati comunitari, ha voluto precisare che «in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini – possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 (oggi art. 249 CE, *n.d.r.*) una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali»⁴⁰.

In sostanza, la Corte ha accolto – quanto meno nei risultati – la teoria della supremazia del diritto comunitario sul diritto nazionale come intesa dalla Corte di giustizia, ma ha mantenuto una riserva di intervento (in sede di giudizio sulla legittimità costituzionale *in parte qua* della legge di ratifica del Trattato CE) al fine di reagire ad eventuali violazioni, da parte del diritto comunitario primario o secondario, dei principi fondamentali dell'ordinamento interno o dei diritti inalienabili della persona umana. In concreto, opera secondo la Corte costituzionale il ricordato meccanismo della «doppia pregiudizialità», che vede in prima battuta il giudice italiano tenuto a procurarsi dalla Corte di giustizia, attraverso il sistema del rinvio pregiudiziale di interpreta-

303). In particolare, secondo la Corte «l'art. 307 CE non potrebbe infatti in alcun caso consentire di mettere in discussione i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario, tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che include il controllo, ad opera del giudice comunitario, della legittimità degli atti comunitari quanto alla loro conformità a tali diritti fondamentali» (punto 304).

⁴⁰ Va comunque notato che, in quella pronuncia, la Corte costituzionale partiva dalla premessa che «la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dall'art. 189 del Trattato di Roma limitatamente a materie concernenti i rapporti economici, ossia a materie in ordine alle quali la nostra Costituzione stabilisce bensì la riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana». E evidente che una tale premessa non sarebbe riproponibile oggi, ed infatti nelle sentenze in cui la teoria dei controlimiti è stata ribadita, la Corte non ha più effettuato alcun riferimento alla natura "economica" delle competenze della Comunità. Va comunque evidenziato il giusto rilievo che la Corte, al fine di depotenziare la critica riguardante l'incidenza delle norme comunitarie nelle materie coperte da riserva di legge, già allora attribuiva alle "garanzie" insite nel sistema comunitario. Rappresenta questa critica oggi C. PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in questa Rivista, 2009, p. 211 ss.

zione o di validità, il corretto significato della norma comunitaria contestata e quindi un giudizio sulla sua compatibilità con i diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento comunitario. Qualora l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia non consenta di escludere il conflitto con il diritto fondamentale, ovvero di risolvere il medesimo conflitto a livello comunitario, il giudice italiano non potrebbe autonomamente disapplicare la norma comunitaria ritenuta incompatibile con i principi costituzionali ma, trattandosi formalmente di un asserito contrasto tra la legge di esecuzione del Trattato ed i precetti costituzionali coinvolti, e dunque in definitiva del rapporto tra l'art. 11 Cost. ed altre regole di pari grado, sarebbe tenuto in ogni caso a sollevare la questione di legittimità costituzionale nei termini prima indicati.

È noto che la teoria dei controlimiti non ha mai trovato concreta applicazione dinanzi alla Corte costituzionale; peraltro, la stessa non ha mai avuto l'avallo della Corte di giustizia, che ha invece sempre mantenuto una posizione rigida in merito non solo alla sua esclusiva competenza a verificare il rispetto dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, ma anche alla posizione di supremazia che le fonti comunitarie rivestono anche rispetto alle costituzioni nazionali⁴¹.

Come prima ricordato, la Corte non ha fatto concreto uso di questa "riserva di intervento", pur essendovi andata molto vicino nella sentenza n. 232 del

⁴¹ V. per tutte la sentenza 11 gennaio 2000 in causa n. C-285/98, *Kreil*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 69 ss. e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 296, nonché l'ordinanza del Tribunale di primo grado del 2 aprile 2004 in causa n. T-231/02, *Gonnelli*, in *Raccolta*, 2004, II, p. 1051. In quest'ultimo caso, nel respingere l'argomento del ricorrente, secondo il quale la dichiarazione di irricevibilità del suo ricorso avverso un regolamento della Commissione, in merito alla commercializzazione dell'olio di oliva, avrebbe provocato una carenza nella tutela giurisdizionale incompatibile con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione italiana, con conseguente intervento della Corte costituzionale in applicazione della teoria dei «controlimiti», il Tribunale si è limitato ad osservare che un tale intervento sarebbe inaccettabile «in quanto il diritto comunitario, secondo una giurisprudenza consolidata, prevale sul diritto nazionale» (punto 57 della sentenza). Infine, si veda la recente sentenza della Corte 23 aprile 2009 in cause riunite da n. C-378/07 a n. C-380/07, *Angelidaki*, inedita in *Raccolta*, in cui la Corte ha escluso che la violazione della direttiva n. 1999/70 con una modifica costituzionale intervenuta precedentemente alla scadenza del termine di recepimento possa meritare un trattamento diverso: nelle parole della Corte, «Quanto all'incidenza, a tale riguardo, della circostanza che l'art. 103, n. 8, della Costituzione della Repubblica ellenica è stato modificato successivamente all'entrata in vigore della direttiva n. 1999/70 e prima della scadenza del termine per la sua trasposizione, allo scopo di vietare in modo assoluto, nel settore pubblico, la conversione di contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, è sufficiente ricordare che una direttiva produce effetti giuridici nei confronti dello Stato membro destinatario – e pertanto di tutti gli organi nazionali – a seguito della sua pubblicazione o dalla data della sua notifica, a seconda dei casi. Nel caso di specie, l'art. 3 della direttiva n. 1999/70 specifica che essa entra in vigore il giorno della sua pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, vale a dire il 10 luglio 1999. Orbene, secondo la giurisprudenza della Corte, dall'applicazione combinata degli artt. 10, secondo comma, CE e 249, terzo comma, CE con la direttiva in questione risulta che, in pendenza del termine per la trasposizione di una direttiva, gli Stati membri destinatari di essa devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa. A questo proposito poco rileva il fatto che la norma di diritto nazionale in parola, adottata dopo l'entrata in vigore della direttiva di cui trattasi, sia o meno finalizzata al recepimento di tale direttiva. *Ne consegue che tutte le autorità degli Stati membri sono soggette all'obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto comunitario anche quando tali autorità modificano la loro Costituzione*» (punti 204-207, corsivo aggiunto).

1989, in cui aveva ravvisato un potenziale conflitto tra il principio della tutela giurisdizionale dei diritti di cui all'art. 24 della Costituzione e l'interpretazione, adottata dalla Corte di giustizia, secondo la quale in sede di limitazione degli effetti nel tempo delle sue pronunce la stessa avrebbe potuto escludere persino il giudizio *a quo*. È anche vero, tuttavia, che non risulta che la Corte costituzionale sia stata invitata a farne uso nelle ordinanze dei giudici remittenti. Non è facile comprendere se questo derivi dall'assenza di casi concreti in cui un tale grave conflitto sia stato ravvisato dai giudici oppure dalla insufficiente consapevolezza sull'esistenza stessa dei controlimiti.

Ad ogni modo, va brevemente ricordato che in dottrina sono state di recente segnalate alcune situazioni in cui la disciplina comunitaria (ovviamente attraverso al legge di esecuzione del Trattato) potrebbe essere oggetto di intervento della Corte costituzionale in applicazione della teoria dei controlimiti. È il caso, ad esempio, della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, in particolare, ma non soltanto, nella parte in cui non prevede un controllo dell'autorità richiesta sul rispetto dei diritti fondamentali nel provvedimento assunto dall'autorità emittente⁴²; dell'art. 16 del Regolamento n. 1/2003, in rapporto al principio di indipendenza della magistratura di cui all'art. 104 Cost., nella parte in cui impone al giudice interno il rispetto delle decisioni assunte dalla Commissione in materia di concorrenza⁴³; dell'art. 21 del medesimo Regolamento, in rapporto all'art. 14 Cost., nella parte in cui consente alla Commissione di svolgere ispezioni nel domicilio privato di amministratori ed altri soggetti legati alle imprese coinvolte in un procedimento *antitrust*, al contempo attribuendo poteri di controllo molto ridotti alle autorità giurisdizionali nazionali.

Si tratta di valutazioni che al momento sono rimaste sulla carta e che, in ogni caso, meriterebbero un'analisi più approfondita. A mio modo di vedere, i casi citati non appaiono così eclatanti da giustificare un intervento di rottura così forte quale la volontaria "disobbedienza" costituzionale ai vincoli comunitari. In ogni caso, rimane fermo (e ciò è stato efficacemente ribadito nella giurisprudenza della Corte costituzionale anche per porre un freno ad una prassi contraria) che spetta esclusivamente alla Corte costituzionale, eventualmente, far ricorso alla teoria in questione, a pena di provocare uno scollamento incontrollabile che potrebbe porre in discussione alle fondamenta il pilastro sui cui si poggia l'integrazione comunitaria, vale a dire l'applicazione uniforme ed integrale del diritto comunitario nei vari ordinamenti nazionali⁴⁴.

⁴² U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più teorico*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 13 ss.

⁴³ N. ZANON, *Decisioni della Commissione europea, regolamenti comunitari e indipendenza funzionale del giudice italiano: se discutessimo un po' di "controlimiti"?*, in www.forumcostituzionale.it; A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei controlimiti nel Trattato costituzionale europeo?*, *ivi*; G. L. TOSATO, *Il processo di modernizzazione*, in G. L. TOSATO - L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 25 ss.

⁴⁴ Nell'ordinanza n. 454 del 2006 la Corte ha infatti chiarito che il giudice nazionale «può in-

Più "moderna" (e maggiormente vicina alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia) appare invece la posizione di chi⁴⁵ vorrebbe, per così dire, "comunitarizzare" la stessa teoria dei controlimiti (dai controlimiti nazionali a quelli comunitari), per discutere di *reciproca contaminazione* tra principi costituzionali nazionali e comunitari, piuttosto che di conflitto; e certo non mancano, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, esempi di pronunce in cui questa "contaminazione" ha avuto modo di manifestarsi (la sentenza *Omega*⁴⁶ è probabilmente la più significativa in questo senso). Il dialogo tra le Corti, meglio ancora se "diretto" attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, è lo strumento più utile per garantire questi risultati, anche se appare difficile immaginare un passo indietro, da questo punto di vista, delle Corti costituzionali, che invece appaiono progressivamente adottare, in diversi Paesi, la medesima teoria⁴⁷. Anzi, la sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona, nel confermare l'approccio che lo stesso Tribunale aveva adottato con il Maastricht Urteil, pretende tuttora di riservare al giudice costituzionale un potere di intervento in presenza di atti comunitari adottati *ultra vires*, o non rispettosi del nucleo identitario della costituzione tedesca, nel senso di escluderne l'applicabilità in Germania⁴⁸.

vestire questa Corte della questione di compatibilità comunitaria nel caso di norme dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi, nell'impossibilità di una interpretazione conforme, nonché qualora la non applicazione della disposizione interna determini un contrasto, sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale, con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona». Viene in tal modo correttamente esclusa l'applicazione "diffusa" (vale a dire da parte dei singoli giudici comuni) della teoria dei controlimiti, suggerita in dottrina (A. CELOTTO, *Diritto d'autore e circolazione delle informazioni*, in *Annali italiani del diritto d'autore (AIDA)*, XIV, 2005, p. 514 ss.) ed in sostanza applicata dal Consiglio di Stato nella originale sentenza 8 agosto 2005, n. 4207/05, *Admenta* (in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 1933 ss.), su cui v. le critiche di L. DANIELE, *La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel? Le point de vue du Conseil d'Etat italien*, in *Cah. dr. eur.*, 2006, p. 67 ss. e le valutazioni sostanzialmente positive di C. PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, cit. *supra*, nota 40, p. 222 ss.

⁴⁵ Pur con diversità di accenti, è la posizione adottata tra gli altri da A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 734 ss.; U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit. *supra*, nota 1, p. 493 ss.; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 25; L. S. ROSSI, *Recent pro-European trends in the Italian Constitutional Court*, CMLR, 2009, p. 319 ss.

⁴⁶ Sentenza 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9609 e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 87. In merito alla necessità di adottare interpretazioni delle regole comunitarie in maniera da garantire il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri si vedano le conclusioni degli Avvocato Generale Poirares Maduro, relativa alla causa n. C-213/07, *Mi-chaniki*, cit. *supra*, nota 26, e Ruiz-Jarabo Colomer, del 25 giugno 2009, relativa alla causa n. C-205/08, *Alpe Adria Energia SpA*, non ancora decisa dalla Corte.

⁴⁷ Si veda la ricostruzione comparativa effettuata da G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, cit. *supra*, nota 1, p. 171 ss.

⁴⁸ Va da sé che un approccio del genere, che oggi la Corte tedesca quanto meno ritiene "residuale" allo svolgimento delle procedure previste dai trattati per la verifica della validità degli atti dell'Unione (artt. 230 e 234 CE, art. 35 UE), se portato alle sue coerenti conseguenze, comporta la perdita della garanzia dell'applicazione uniforme delle regole comunitarie negli Stati membri, dunque della caratteristica più peculiare del fenomeno dell'integrazione europea. Tra i primi commenti

Inoltre, è il caso di segnalare che i frutti di questa "circolarità" si rinven-
gono anche nella giurisprudenza costituzionale, dalla quale emerge ad esempio
l'utilizzazione della giurisprudenza comunitaria in materia di principi generali
del diritto *anche al di fuori del campo di applicazione del diritto comunitario*
(sentenze n. 393 e 394 del 2006, in materia di successione di leggi penali nel
tempo ed applicazione della *lex mitior*). Nella stessa direzione vanno le fre-
quenti citazioni della Carta di Nizza come fonte non vincolante ma certamente
"persuasiva", intesa come espressione dei principi comuni degli ordinamenti
giuridici europei (sentenze n. 135 del 2002; n. 393 e n. 394 del 2006).

Rimane ugualmente sullo sfondo l'ipotesi, pure avanzata nella giurispru-
denza costituzionale sin dalla sentenza *Granital*, della legge c.d. "di rottura",
vale a dire «quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzio-
nalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perduran-
te osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei
suoi principi». Anche in questo caso, ma per ragioni legate alla delicatezza
della questione (l'intenzione, puramente ipotetica, del legislatore italiano di
porsi in grave e volontario contrasto con le basi stesse su cui si regge l'ordi-
namento comunitario), spetterebbe alla Corte costituzionale giudicare la com-
patibilità di una tale legge con i vincoli assunti con la partecipazione al siste-
ma europeo. Di questa riserva di competenza (di dubbia compatibilità con la
"dottrina *Simmenthal*"), la Corte sinora non ha mai dovuto avvalersi.

5. La Corte costituzionale come "giudice nazionale" ai sensi dell'art. 234 CE

Ma il dato certamente più innovativo che emerge dall'analisi della recente
giurisprudenza della Corte costituzionale in materia comunitaria è rappresen-
tato dalle coeve decisioni n. 102 (sentenza) e 103 (ordinanza) del 2008, con le
quali la Corte, sul solco di quanto già effettuato da Corti costituzionali di altri
Paesi membri⁴⁹, ha finalmente aperto il "canale di dialogo" con la Corte di giu-
stizia, effettuando per la prima volta il rinvio pregiudiziale (di interpretazio-
ne)⁵⁰. Si tratta di una svolta particolarmente significativa, anche perché avviene

alla sentenza cfr. M. P. CHITI, *Am Deutschen Volke, prime note sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, in www.astrid.eu; G. L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente "Lissabon Urteil"*, ivi; C. TOMUSCHAT, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, 2009, p. 1259 ss.; C. WOHLFAHRT, *The Lisbon case: A Critical Summary*, ivi, p. 1278 ss.

⁴⁹ Per una visione d'insieme cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, del 2 luglio 2009, relativa alla causa n. C-169/08, *Presidente del Consiglio c. Regione autonoma della Sardegna*, nota 13, originata dal rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale italiana.

⁵⁰ Tra i primi commenti all'ordinanza di rinvio pregiudiziale cfr. S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, cit. *supra*, nota 21; A. COSSIRI, *La prima volta della Corte costituzionale a Lussemburgo. Dialogo diretto tra Corti, costituzionale e di giustizia, ma nei*

con un evidente (anche se dalla Corte non motivato) *revirement* rispetto alle posizioni assunte in precedenza⁵¹, con le quali la Corte negava, in base ad argomenti di puro diritto interno, la sua natura di organo giurisdizionale anche ai fini dell'applicazione dell'art. 234 CE: correttamente, nella sentenza n. 102 la Corte precisa che la nozione in questione è comunitaria, e di conseguenza, pur senza procedere ad un'analisi approfondita⁵², sostiene che i requisiti richiesti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sono tutti, nel suo caso, rispettati.

La svolta è (per ora?) limitata, in quanto confinata al contesto dei giudizi promossi in via principale (nel caso di specie, l'impugnazione di una legge regionale da parte del Governo, per violazione, *inter alia*, degli artt. 43 e 87 del Trattato CE e dunque dell'art. 117 Cost.), per i quali essa è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi, mancando un giudice *a quo* abilitato a definire la controversia e cioè ad applicare o a disapplicare direttamente la norma interna non conforme al diritto comunitario. Pertanto, afferma la Corte, «non ammettere in tali giudizi il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE comporterebbe un'inaccettabile lesione dell'interesse generale all'uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE» (sentenza n. 102 del 2008). In questo contesto, apparentemente, il ricorso alla Corte di giustizia è inteso dalla Corte costituzionale come logicamente conseguente all'esclusione di altri vizi di costituzionalità eventualmente invocati nella fattispecie (ordinanza n. 103 del 2008).

È controverso se la Corte abbia *definitivamente* voluto escludere il ricorso al rinvio pregiudiziale ogni qualvolta questa viene chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità delle leggi nel contesto di un giudizio incidentale, perché in quel caso il «giudice della controversia», ai sensi dell'art. 234 CE, sarebbe il giudice comune e non la Corte costituzionale; spetterebbe quindi al primo provvedere ad investire la Corte di giustizia di una pronuncia in merito alla interpretazione delle norme comunitarie o alla validità degli atti delle istituzioni. Il ricorso alla Corte costituzionale potrebbe aver luogo successiva-

soli giudizi in via principale, in www.giurcost.org; E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 789 ss.

⁵¹ V. ordinanza n. 536 del 1995. Per osservazioni critiche cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 34, p. 201 ss.; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, cit. *supra*, nota 45, a p. 742; ID., *Corte e Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 348 ss.

⁵² Si potrebbe ad esempio dubitare che le recenti regole («Norme aggiuntive per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», in *Guri* n. 261 del 7 novembre 2008) che la Corte costituzionale ha adottato in merito allo svolgimento dei giudizi, nella parte in cui si esclude perentoriamente che rispetto ai giudici della Corte siano applicabili regole in tema di astensione e ricusazione (art. 29), garantiscano il rispetto del principio di terzietà come inteso dalla giurisprudenza comunitaria (*ex multis*, sentenza 19 settembre 2006 in causa n. C-506/04, *Wilson*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8613, punto 53 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 542; ordinanza 14 maggio 2008 in causa n. C-109/07, *Jonathan Pilato*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 3503, punto 24 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 507).

mente, per le esigenze («interne», non comunitarie), di consentire alla Corte costituzionale di svolgere il ruolo "residuale" prima indicato: ad esempio, per svolgere in maniera "informata" (cioè ottenuta "l'ultima parola" da Lussemburgo sulla corretta interpretazione della norma comunitaria o sulla validità dell'atto) il compito di garante del rispetto dei principi supremi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione («controlimiti»).

Se pure questa valutazione ha un suo pregio, rimane il dato che, in primo luogo, la Corte in questo modo si "taglierebbe fuori" dal dialogo diretto con Lussemburgo proprio nel contesto in cui più frequentemente può manifestarsi un problema di rapporti tra ordinamenti: il dialogo diretto tra le Corti appare in verità utile soprattutto in materie che hanno un contenuto tipicamente "costituzionale" (diritti fondamentali, cooperazione giudiziaria), che vengono in rilievo dinanzi alla Corte in sede di controllo incidentale della costituzionalità delle leggi; in secondo luogo, come è stato indicato in dottrina, sulla questione di costituzionalità della legge impugnata il giudice chiamato a risolverla è, e non potrebbe non essere, esclusivamente il giudice costituzionale, la cui sensibilità e visione della questione di costituzionalità può non coincidere con quella del giudice comune⁵³. Infine, non va sottovalutato che il sistema della "doppia pregiudizialità" che la Corte adotta in casi del genere porta il giudizio a protrarsi per lungo tempo, in apparente disarmonia con il principio, anch'esso di rango costituzionale (art. 111 Cost.), della ragionevole durata dei processi. Sussistono dunque buoni motivi per un ulteriore approfondimento.

6. Conclusioni: alcune questioni non ancora risolte nella giurisprudenza costituzionale

Per concludere, può essere utile indicare brevemente alcune questioni che, a nostro modo di vedere, non sono state ancora pienamente esplorate nella giurisprudenza costituzionale, pur essendosi tutte "affacciate" di recente all'attenzione della Corte costituzionale.

Tra queste emerge, innanzitutto, la necessità di un chiarimento in merito alla posizione delle fonti del diritto dell'Unione diverse da quello del Primo Pilastro⁵⁴. Sono le prime a tutti gli effetti da equiparare alle fonti comunitarie, con conseguente applicazione dei principi (e dei metodi di soluzione delle antinomie) che la Corte ha ricavato dall'art. 11 Cost.? Di certo gli obiettivi del Terzo Pilastro appaiono inquadrabili nel campo di applicazione dell'art. 11 Cost., ma è anche vero che il livello di integrazione proprio del Terzo Pilastro appare lontano dal modello che la Corte ha in mente per giustificare le "limi-

⁵³ E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale*, cit. *supra*, nota 50.

⁵⁴ M. CONDINANZI, *Fonti del "terzo pilastro" dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit. *supra*, nota 1, p. 221 ss.

tazioni di sovranità". In attesa della abolizione del sistema dei pilastri con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, appare più coerente con l'impianto oramai tendenzialmente unitario del diritto dell'Unione e con la recente giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁵ ritenere che le disposizioni del Trattato dell'Unione europea e le fonti da questo derivate siano considerate a pieno titolo nel contesto delle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 piuttosto, in quanto appartenenti alla "famiglia" comunitaria, che nel più generico (e meno incisivo) ambito di applicazione dell'art. 117 in quanto «accordi internazionali». Tuttavia, le conseguenze pratiche di questa soluzione sembrano limitate: in ragione della carenza di efficacia diretta, caratteristica propria delle fonti del Terzo Pilastro, in ogni caso gli eventuali conflitti con le norme interne, se non sono risolvibili in via di interpretazione come è avvenuto nel caso *Pupino*, debbono essere eliminati attraverso il giudizio di costituzionalità.

La questione si è posta di recente, ma senza esito, dinanzi alla Corte costituzionale. Essa riguardava la conformità, con la Decisione quadro sul mandato di cattura europeo (n. 2002/584/GAI), di alcune previsioni della legge interna che vi ha dato attuazione (legge 22 aprile 2005, n. 69), in particolare l'art. 18, lett. e., nella parte in cui pone, quale causa ostativa alla consegna del soggetto nei cui confronti sia stato emesso mandato di arresto europeo, la mancata previsione, nella legislazione dello Stato membro di emissione, di «limiti massimi della carcerazione preventiva». È noto che detta causa ostativa non risulta nella corrispondente previsione della Decisione quadro, per cui si è posto il problema della sua incompatibilità con quest'ultima e sulle conseguenze di una decisione in tal senso. La Corte costituzionale non ha dato seguito alla richiesta, avanzata dalla Corte di appello di Venezia, di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge per contrasto con gli artt. 3, 11 e 117 Cost.: con ordinanza n. 109 del 2008 ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile non avendo il giudice verificato se il preteso contrasto fosse risolvibile in via interpretativa⁵⁶. Correttamente, né il giudice remittente, né la Corte costituzionale hanno preso in considerazione l'ipotesi della disapplicazione della regola interna.

Un secondo profilo ancora da esplorare concerne l'incidenza delle *sentenze della Corte di giustizia* sulla stessa qualificazione di norma comunitaria

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia, 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Pupino*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5285.

⁵⁶ Il risultato di ritenere la legge compatibile con la decisione quadro è stato raggiunto infatti dalla Corte di cassazione in una pronuncia a sezioni unite (n. 46114 del 30 gennaio 2007) in cui, correggendo la sua giurisprudenza precedente, ha statuito che la legge italiana non intende escludere dal meccanismo della consegna le richieste provenienti da ordinamenti, come quello tedesco, in cui non trovano applicazione limiti massimi alla carcerazione preventiva per tutti i gradi del giudizio, come avviene nell'ordinamento italiano, applicandosi invece un sistema di valutazioni periodiche sulla attualità delle esigenze di custodia cautelare. E il caso di segnalare che in tutti questi casi la Cassazione non ha ritenuto di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, nonostante fosse, a nostro modo di vedere, obbligata a procedere in tal senso.

direttamente efficace: in altri termini, qualora la Corte di Lussemburgo si sia pronunciata (indirettamente, nel contesto di un rinvio pregiudiziale oppure direttamente, in una procedura di infrazione) nel senso della incompatibilità di una legge interna con il diritto comunitario, può questa valutazione integrare la portata precettiva della norma-parametro comunitaria, di per sé non direttamente efficace⁵⁷? Può, di conseguenza, il giudice comune disapplicare immediatamente la legge interna, mentre l'eventuale questione di legittimità costituzionale diverrebbe inammissibile?

La questione si è posta nel procedimento deciso dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 413 del 2008, concernente la legittimità costituzionale di una legge che la Corte di giustizia aveva già ritenuto non compatibile con le direttive comunitarie in materia di rifiuti⁵⁸. La stessa tuttavia non ha avuto risposta, avendo la Corte raggiunto la soluzione della manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale in base al principio generale (basato anche sulla giurisprudenza comunitaria⁵⁹) che vieta, in materia penale, interventi *in malam partem* rispetto a condotte poste in essere nella vigenza della legge impugnata.

Quest'ultima indicazione ci consente di affrontare l'ultimo profilo qui rilevante, vale a dire quello dei margini di intervento della Corte costituzionale in presenza di una successione di leggi penali nel tempo, delle quali una, più favorevole al reo, non sia tuttavia compatibile con norme comunitarie: come prima indicato, nell'ottica della Corte costituzionale e della Corte di giustizia il principio di legalità richiede in ogni caso l'applicazione della legge interna, se più favorevole, alle condotte poste in essere nella sua vigenza, anche se si tratta di disciplina non comunitariamente conforme (ordinanza n. 413 del 2008). Diversa dovrebbe essere la soluzione qualora la *lex mitior*, non conforme al diritto comunitario, intervenga successivamente alla condotta incriminata: in casi del genere, la scelta del legislatore di disciplinare in senso più favorevole una determinata condotta, non libera ma vincolata dal diritto comunitario, ben potrebbe essere messa in discussione secondo i meccanismi propri dei rapporti tra i due ordinamenti. In particolare, è necessario distin-

⁵⁷ È il caso, ad esempio, di una direttiva non (o male) recepita, se invocata nei rapporti "orizzontali".

⁵⁸ Si tratta dell'art. 30, comma 4, del dlgs n. 22 del 5 febbraio 1997, come modificato dalla legge 9 dicembre 1998, n. 426, nella parte in cui esclude che gli imprenditori che esercitano la raccolta ed il trasporto di rifiuti propri non pericolosi abbiano l'obbligo di iscriversi all'Albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti. Detta disposizione legislativa è stata dichiarata dalla Corte di giustizia non compatibile con l'art. 12 della direttiva n. 75/442/Cee (cfr. sentenza 9 giugno 2005 in causa n. C-270/03, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5233) e successivamente abrogata.

⁵⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 26 settembre 1996 in causa n. C-168/95, *Arcaro*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4705 e 11 novembre 2004 in causa n. C-457/02, *Niselli*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10853 e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 91; 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, *Berlusconi e a., cit. supra*, nota 28.

guere due ipotesi: se il parametro comunitario consiste in una norma dotata di efficacia diretta (ad esempio, una norma del Trattato in materia di libera circolazione), la legge interna più favorevole dovrebbe essere disapplicata dal giudice comune; in caso contrario, ad esempio qualora il parametro consista in una direttiva o in una decisione quadro, la legge interna dovrebbe essere dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 11 e 117.

La questione si è affacciata più volte dinanzi alla Corte costituzionale. Tuttavia, sinora non è mai stata risolta per l'intervento, in tutti i casi, di un successivo provvedimento legislativo: la Corte ha dunque restituito gli atti al giudice *a quo* ai fini della valutazione della perdurante rilevanza della questione alla luce dello *ius superveniens*⁶⁰. La soluzione del problema appare, quindi, solo rimandata.

Roberto Mastroianni*

⁶⁰ V. ad esempio le ordinanze n. 70 del 2006, in tema di false comunicazioni sociali; n. 126 del 2007 e n. 83 del 2008, in materia di rifiuti.

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università Federico II di Napoli.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

DIRITTI DI UN CITTADINO DI UN PAESE TERZO CONIUGATO CON UNA CITTADINA DELL'UNIONE: NORMATIVA COMUNITARIA E DISCIPLINA NAZIONALE A CONFRONTO

Corte di giustizia

Sentenza del 25 luglio 2008 in causa n. C-127/08*

Blaise Baheten Metock e altri c. Minister for Justice, Equality and Law Reform

Art. 234 Ce - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/38/Ce, art. 3, n. 1 - Diritto di libera circolazione e soggiorno - Familiari cittadini di Paesi terzi - Contesto e scopo della direttiva n. 2004/38/Ce - Divieto di interpretazione restrittiva - Applicabilità al cittadino di un Paese terzo coniuge di un cittadino dell'Unione a prescindere dalla data del matrimonio e dalle modalità di ingresso.

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 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

* In *Raccolta*, 2008, I, p. 6241 ss. In argomento v. *infra*, p. 471 ss., il commento di *ROSSANA PALLADINO*.

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 direttiva.

L'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38 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 ospitante.

(Omissis) In diritto

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 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 (*Guce* n. L 158, p. 77, e rettifiche in *Guce* 2004, n. L 229, p. 35, *Guce* 2005, n. L 197, p. 34, e *Guce* 2007, n. L 204, p. 28).

2. Questa domanda è stata proposta nell'ambito di quattro procedimenti di sindacato giurisdizionale su un atto della pubblica amministrazione, promossi dinanzi alla *High Court* e diretti ciascuno ad ottenere, in particolare, un'ordinanza di annullamento del provvedimento con il quale il *Minister for Justice, Equality and Law Reform* (Ministro irlandese della Giustizia, delle pari Opportunità e della Riforma legislativa; in prosieguo: il «Ministro») ha negato un permesso di soggiorno al cittadino di un Paese terzo coniugato con una cittadina dell'Unione residente in Irlanda.

Contesto normativo

(Omissis)

La normativa nazionale

15. All'epoca dei fatti della causa principale, il recepimento della direttiva n. 2004/38 nell'ordinamento irlandese era garantito dallo European Communities (Free Movement of Persons) (n. 2) Regulations 2006 (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 (in prosieguo: il «decreto del 2006»).

16. L'art. 3, nn. 1 e 2, del decreto del 2006 così dispone:

«(...)

2. Il presente decreto non si applica al familiare, a meno che esso non soggiorni legalmente in un altro Stato membro e

a. chieda di entrare nello Stato insieme ad un cittadino dell'Unione rispetto al

quale è legato da un vincolo familiare o

b. chieda di raggiungere un cittadino dell'Unione rispetto al quale è legato da un vincolo familiare, il quale a sua volta soggiorni legalmente nello Stato». (*Omissis*)

La causa principale

La causa Metock

(*Omissis*)

21. Il 6 novembre 2006, il signor Metock ha chiesto il rilascio di un permesso di soggiorno in qualità di coniuge di un cittadino dell'Unione, occupato e residente in Irlanda. Questa domanda è stata respinta con provvedimento del Ministro 28 giugno 2007, in quanto il signor Metock non soddisfaceva il presupposto del previo soggiorno legale in un altro Stato membro, stabilito dall'art. 3, n. 2, del decreto del 2006.

22. Il signor Metock, la signora Ngo Ikeng e i loro figli hanno proposto ricorso avverso tale decisione. (*Omissis*)

La causa principale e le questioni pregiudiziali

(*Omissis*)

Sulla prima questione

48. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede se la direttiva n. 2004/38 osti 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, al fine di beneficiare delle disposizioni della detta direttiva.

49. In primo luogo, occorre rilevare che, per quanto concerne i familiari di un cittadino dell'Unione, nessuna disposizione della direttiva n. 2004/38 subordina l'applicazione di quest'ultima al presupposto che essi abbiano soggiornato previamente in uno Stato membro. (*Omissis*)

53. Parimenti, l'art. 10, n. 2, della direttiva n. 2004/38, il quale elenca in via tassativa i documenti che i cittadini di Paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, possono essere tenuti a fornire allo Stato membro ospitante al fine di ottenere il rilascio della carta di soggiorno, non prevede la facoltà per lo Stato membro ospitante di esigere documenti che dimostrino un eventuale previo soggiorno legale in un altro Stato membro.

54. Alla luce di ciò, la direttiva n. 2004/38 dev'essere interpretata nel senso che essa si applica a qualsiasi cittadino di un Paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione ai sensi dell'art. 2, punto 2, della detta direttiva, il quale accompagna o raggiunge il cittadino dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui egli ha la cittadinanza, e gli conferisce diritti di ingresso e di soggiorno in questo Stato membro, senza fare distinzioni secondo che il detto cittadino di un Paese terzo abbia già soggiornato legalmente, o meno, in un altro Stato membro. (*Omissis*)

58. È esatto che la Corte ha dichiarato, nei punti 50 e 51 della citata sentenza

Akrich, che, per poter 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, deve soggiornare legalmente in uno Stato membro quando il suo spostamento avviene verso un altro Stato membro, in cui il cittadino dell'Unione emigri o sia emigrato. Tuttavia, questa conclusione dev'essere ripensata. (*Omissis*)

60. In secondo luogo, l'interpretazione della direttiva n. 2004/38 ora illustrata è conforme alla ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità. (*Omissis*)

80. Pertanto, occorre risolvere la prima questione dichiarando che la direttiva n. 2004/38 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 direttiva.

Sulla seconda questione

81. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se il coniuge di un cittadino dell'Unione, il quale abbia esercitato il suo diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro di cui non ha la cittadinanza, accompagni o raggiunga il detto cittadino ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38 e, di conseguenza, goda delle disposizioni di questa direttiva, indipendentemente dal luogo e dalla data del matrimonio, nonché dalle circostanze nelle quali egli ha fatto ingresso nello Stato membro ospitante. (*Omissis*)

93. (...) alla luce della necessità di non interpretare le disposizioni della direttiva n. 2004/38 in modo restrittivo e di non privarle della loro efficacia pratica, occorre interpretare i termini «familiari (...) che accompagnino (...) il cittadino medesimo», contenuti nell'art. 3, n. 1, della detta direttiva, riferendoli nel contempo ai familiari di un cittadino dell'Unione che abbiano fatto ingresso con quest'ultimo nello Stato membro ospitante e a quelli che soggiornano con lui in questo Stato membro, senza che occorra distinguere, in questo secondo caso, secondo che i cittadini di Paesi terzi abbiano fatto ingresso nel citato Stato membro prima o dopo del cittadino dell'Unione o prima di o dopo essere divenuti suoi familiari. (*Omissis*)

99. Pertanto, occorre risolvere la seconda questione dichiarando che l'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38 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 accompagni o raggiunga il detto cittadino dell'Unione, beneficia 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 ospitante.

Sulla terza questione

100. Alla luce della soluzione data alla seconda questione pregiudiziale, non occorre risolvere la terza questione.

(*Omissis*)

L'INTERPRETAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 2004/38/CE SULLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI NELL'UNIONE EUROPEA AD OPERA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA ED I RIFLESSI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: COMMENTO ALLA SENTENZA *METOCK*

Sommario: *Premessa - 1. Il fatto - 2. Le questioni pregiudiziali sollevate - 3. La progressiva erosione delle competenze statali nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia - 4. Il decusum della Corte di giustizia nel caso Metock - 5. La compatibilità della normativa italiana di recepimento con la direttiva n. 2004/38/Ce alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia - 6. Conclusioni.*

Premessa

La direttiva n. 2004/38/Ce¹, che generalizza il riconoscimento del diritto alla libera circolazione in capo a tutti i cittadini comunitari a prescindere

¹ Direttiva n. 2004/38/Ce, del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in *Gu-Ue* n. L 158 del 30 aprile 2004. La direttiva, ai sensi dell'art. 38, abroga gli artt. 10 ed 11 del Regolamento (Cee) n. 1612/68 e 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, con effetto dal 30 aprile 2006. Per un esame della direttiva si vedano in dottrina, tra gli altri, M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIMBENE, *Citizenship of the Union and free movement of persons*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, in particolare capitoli I e II; C. SANNA, *La direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, n. 4, p. 1157 ss.; J.-Y. CARLIER, *Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne: regard sur la directive 2004/38/CE*, in *Cah. dr. eur.*, 2006, p. 13 ss.; M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare capitoli I e II; P. DE BRUYCKHER, *La libre circulation des citoyens européenne entre codification et réforme. Présentation générale de la directive 2004/38*, in J.-Y. CARLIER - E. GUILD (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 21 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Il Diritto dell'Unione Europea*, parte speciale, II ed., Torino, Giappichelli, 2005, capitolo II; M. CANDELA SORIANO, *Libre circulation et séjour dans l'UE: la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme*, in *Journal des Tribunaux, droit européenne*, 2005, n. 121, p. 193 ss.; L. TRIFONE, *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38*, in questa *Rivista*, 2005, p. 7 ss.; M. D. BLÁZQUEL PEINADO, *El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril*, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2004, n. 233, p. 18 ss.; A. ILIOPOULOU, *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: la directive 2004/38/CE*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2004, n. 3, p. 523 ss. Per approfondimenti sulle direttive comunitarie in generale si rinvia, per tutti, a F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983.

dall'esercizio di un'attività economica o dal possesso di determinate qualifiche soggettive, si pone in una linea di continuazione rispetto all'ormai risalente regolamento (Cee) n. 1612/68² nella misura in cui sancisce l'attribuzione del diritto di ingresso e di soggiorno anche in favore dei familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, in maniera "funzionale" alla realizzazione del diritto alla libera circolazione dei cittadini comunitari.

In particolare, in relazione al diritto di ingresso, la direttiva citata stabilisce che i familiari extracomunitari sono «assoggettati» all'obbligo del visto, con esonero per i possessori della carta di soggiorno di cui all'art. 10 della direttiva stessa (art. 5, comma 2) e sancisce la necessità, da parte degli Stati membri, di concedere a detti soggetti ogni agevolazione al fine dell'ottenimento del visto.

Per quanto concerne il diritto di soggiorno, è stabilito che esso va "comprovato" da un documento denominato «carta di soggiorno di un cittadino dell'Unione» (art. 10, comma 1), per il cui rilascio gli Stati membri possono prescrivere la presentazione dei documenti elencati *sub* art. 10, comma 2, della direttiva stessa.

Considerate queste premesse, la direttiva n. 2004/38/Ce lascia aperti alcuni interrogativi, tra i quali: possono gli Stati membri prevedere, al fine del riconoscimento dei diritti inerenti alla libera circolazione, che il cittadino extracomunitario sia in possesso di requisiti ulteriori rispetto a quelli contemplati dalla direttiva stessa, quale quello del previo soggiorno legale in un altro Stato membro? La carenza di un regolare ingresso o di un regolare soggiorno può essere "sanzionata" da uno Stato membro tramite l'espulsione? Ed, ancora, una volta che un cittadino di un Paese terzo sia stato raggiunto da un provvedimento di espulsione, quest'ultimo avrà prevalenza rispetto al riconoscimento del diritto, successivamente acquisito, a circolare in qualità di familiare di un cittadino comunitario?

Domande, in sostanza, riconducibili alla circostanza che la materia in oggetto si colloca nello stretto confine esistente tra la normativa comunitaria in materia di libera circolazione e le discipline nazionali che regolano l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri³. Su esse fa luce la giurisprudenza della Corte di giustizia con la pronuncia in commento⁴ e con alcune altre precedenti deci-

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

³ Sulla nozione di «straniero» si veda, per tutti, A. DI STASI, *Straniero (posizione giuridica dello)*, in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24 ore*, vol. 15. Per una analisi delle fonti internazionali, comunitarie e interne in tema di stranieri si rinvia a B. NASCIBENE, *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004. Per i profili più specifici riguardanti il diritto all'unità familiare si veda anche G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri all'unità familiare*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 25 luglio 2008 in causa n. C-127/08, *Metock ed altri c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6241 e in *Corr. giur.*, 2008, n. 10, p. 1369 ss., con commento di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*, p. 1375 ss. e in *Dir. imm. citt.*,

sioni che pure si andranno brevemente ad analizzare.

Ad un ulteriore interrogativo, poi, si propone di rispondere il presente lavoro: alla luce dell'interpretazione della direttiva n. 2004/38/Ce fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento, le norme di recepimento e la prassi amministrative italiane risultano compatibili con i principi contenuti nella direttiva stessa?

1. Il fatto

La causa principale (proposta innanzi all'*High Court* irlandese), riguarda un cittadino del Camerun, il Signor Metock, che, giunto in Irlanda nel giugno del 2006, vede respinta, nel febbraio del 2007, la propria domanda di asilo politico. Dal 1994 il Signor Metock intrattiene una relazione, da cui nascono due figli, con la Signora Ngo Ikeng, cittadina britannica camerunense di nascita, che soggiorna e lavora in Irlanda dalla fine del 2006. I due si sposano in Irlanda il 12 ottobre 2006.

Il 6 novembre 2006 il Signor Metock chiede il rilascio di un permesso di soggiorno in qualità di coniuge di un cittadino dell'Unione, occupato e residente in Irlanda. Tale domanda viene respinta con provvedimento del Ministro irlandese della giustizia, delle pari opportunità e della riforma legislativa del 28 giugno 2007, in quanto il richiedente non soddisfa il presupposto del previo soggiorno legale in un altro Stato membro, così come sancito dall'art. 3, n. 2 del decreto irlandese del 2006 di recepimento della direttiva n. 2004/38⁵.

Avverso la decisione del Ministro irlandese il Signor Metock propone ricorso, come si è detto, innanzi alla *High Court* irlandese, che riunisce alla causa principale altri tre giudizi aventi analogo oggetto.

In sostanza, le istanze dei ricorrenti si fondano sull'assunto che l'art. 3, comma 2, del decreto irlandese del 2006 sia in contrasto con la direttiva n. 2004/38/Ce, la quale, nel disciplinare in modo tassativo i presupposti di ingresso e soggiorno in uno Stato membro di un cittadino dell'Unione e dei suoi familiari, non prevede il presupposto del previo soggiorno legale in un

2008, n. 3-4, p. 181 ss. La sentenza *Metock* è stata oggetto di ulteriori commenti, tra i quali N. CAMBIEN, *Case C-127/08, Blaise Baheten Metock and Others v. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, in *Col. Jour. Eur. Law*, 2009, vol. 15, p. 321 ss.; C. COSTELLO, *Metock: free movement and "normal family life" in the Union*, *CMLR*, 2009, p. 587 ss.; S. CURRIE, *Accelerated justice or a step too far? Residence rights of non-EU family members and the Court's ruling in metock*, in *EL Rev.*, 2009, n. 2, p. 310 ss.; G. N. TOGGENBURG, *Festung Familie oder festung Europa? Die kritisierete Weichenstellung des EuGH in der Rechtssache Metock*, in *European Law Reporter*, 2008, n. 11, p. 375 ss.

⁵ Si tratta dello «European Communities (Free Movement of Persons) (n. 2) Regulations 2006», adottato il 16 dicembre 2006 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2007. L'art. 3, n. 2, del decreto stabilisce che: «Il presente decreto non si applica al familiare, a meno che esso non soggiorni legalmente in un altro Stato membro (...)».

altro Stato membro.

La replica del Ministro irlandese è, al contrario, volta a dimostrare che la direttiva n. 2004/38/Ce non osta a che uno Stato imponga discrezionalmente il presupposto del previo soggiorno legale in un altro Stato membro, così come previsto dall'art. 3, comma 2, del decreto irlandese del 2006. Ciò discenderebbe dalla ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità, in base alla quale i primi sono competenti in materia di ingresso in uno Stato membro di cittadini di Paesi terzi provenienti dall'esterno del territorio comunitario, mentre la seconda sarebbe competente solo a disciplinare la circolazione di cittadini dell'Unione e dei loro familiari all'interno dell'Unione.

Peraltro, il Ministero riconduce la conformità di un siffatto presupposto con il diritto comunitario a due pronunce della Corte di giustizia: la sentenza *Akrich* del 2003⁶ e la sentenza *Jia* del 2007⁷. Come sarà meglio evidenziato *infra*, con la prima delle due pronunce richiamate, la Corte di giustizia, di fronte ad un caso analogo a quelli portati innanzi all'Alta Corte irlandese, aveva concluso nel senso che, per poter fruire dei diritti previsti dall'allora vigente art. 10 del regolamento n. 1612/68, il cittadino di un Paese terzo, coniugato con un cittadino dell'Unione, «deve soggiornare legalmente in uno Stato membro nel momento in cui avviene il suo trasferimento in un altro Stato membro verso cui il cittadino dell'Unione emigra o è emigrato»⁸.

2. Le questioni pregiudiziali sollevate

Al fine della soluzione della controversia, l'*High Court* irlandese ha ritenuto necessario sospendere il procedimento e proporre rinvio pregiudiziale ex art. 234 TCE alla Corte di giustizia, sollevando le seguenti tre questioni pregiudiziali⁹.

In primo luogo, è stato chiesto alla Corte se la direttiva n. 2004/38/Ce consenta ad uno Stato membro di prevedere un requisito generale secondo cui, per poter beneficiare delle disposizioni di detta direttiva, il coniuge extracomunitario di un cittadino dell'Unione deve aver soggiornato legalmente in un altro Stato membro prima di giungere nello Stato membro ospitante.

In secondo luogo, la Corte rimettente ha sollevato la questione se nell'ambito di applicabilità dell'art. 3, n. 1¹⁰, della direttiva n. 2004/38 sia da ri-

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 23 settembre 2003 in causa n. C-109/01, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9607.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 9 gennaio 2007 in causa n. C-1/05, *Yunying Jia c. Migrationsverket*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1.

⁸ Sentenza *Akrich*, *loc. cit.*, par. 61.

⁹ Si veda il par. 47 della sentenza.

¹⁰ Secondo l'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38/Ce, quest'ultima trova applicazione nei con-

comprendere il coniuge extracomunitario soggiornante con un cittadino comunitario a prescindere dalla data o dal luogo del loro matrimonio o dalla data o dalle modalità dell'ingresso del cittadino del Paese terzo nello Stato membro ospitante.

Infine, in caso di soluzione negativa alla precedente questione, se il citato art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38, riguardi anche il coniuge extracomunitario soggiornante con un cittadino comunitario, che sia entrato nello Stato membro ospitante indipendentemente dal cittadino dell'Unione e abbia successivamente contratto matrimonio con quest'ultimo.

3. La progressiva erosione delle competenze statali nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia

Come si è accennato, il Ministro irlandese ha sostenuto la legittimità del proprio provvedimento di espulsione e della legislazione interna attuativa della direttiva n. 2004/38/Ce alla luce, in particolare, dell'interpretazione di quest'ultima fornita dalla Corte di giustizia nel 2003 con la sentenza *Akrich* già citata¹¹.

Nel caso in questione, la Corte di giustizia era chiamata a pronunciarsi circa l'applicazione dell'art. 10 del regolamento n. 1612/68, all'epoca dei fatti vigente, nell'ipotesi di un cittadino di un Paese terzo il quale, prima di acquisire lo status di coniuge di una cittadina comunitaria, aveva soggiornato in maniera illegale nel Regno Unito ed era stato raggiunto da ripetuti ordini di espulsione.

Orbene, nonostante la Corte escluda la configurabilità di una situazione di abuso del diritto¹² ed, altresì, la pericolosità del Signor Akrich, essa non ri-

fronti di qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello in cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'art. 2, punto 2, «che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo».

¹¹ Per alcuni commenti alla sentenza si vedano A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Il ricongiungimento familiare fra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto alla vita familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, n. 4, p. 553 ss.; C. SCHILTZ, *Akrich: A Clear Delimitation Without Limits*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, n. 3, p. 241 ss.; E. SPAVENTA, *Annotation on Akrich*, *CMLR*, 2005, p. 225 ss.; A. BELMONTE, *Sul diritto dei cittadini di Stati terzi (coniugati con cittadini di Stati membri) a soggiornare nella comunità*, in *Giust. civ.*, 2004, n. 1, p. 1664; A. LANG, *Ingresso e soggiorno nell'Unione Europea del coniuge non comunitario del lavoratore migrante*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, n. 1, p. 241 ss.; R. PLENDER, *Quo vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich*, in *Cah. dr. eur.*, 2004, p. 261 ss.; R. C.A. WHITE, *Conflicting competences: free movement rule and immigration laws*, in *EL Rev.*, 2004, n. 6, p. 385 ss.; H. STALFORD, *Regulating Family Life in Post-Amsterdam Europe*, *ivi*, 2003, n. 1, p. 39 ss.

¹² La Signora Akrich, cittadina del Regno Unito, aveva dichiarato di essersi trasferita in Irlanda allo scopo di esercitare successivamente i diritti derivanti dal diritto comunitario. La Corte di giustizia ha ricordato che i motivi che spingono un lavoratore di uno Stato membro a cercare occupazione in un altro Stato membro sono irrilevanti per quel che riguarda il diritto del lavoratore ad accedere e a soggiornare nel territorio di quest'ultimo Stato, sempreché l'interessato, come nel caso di specie, svolga o intenda svolgere un'attività reale ed effettiva (par. 56 della sentenza).

tiene, comunque, che il caso di specie possa rientrare nell'ambito di applicazione dall'art. 10 del regolamento n. 1612/68. Quest'ultimo, infatti, riguarda solo la circolazione all'interno della Comunità e nulla dispone «in merito all'esistenza dei diritti di un cittadino di un Paese terzo, coniugato con un cittadino dell'Unione, relativi all'accesso al territorio della Comunità»¹³; logica conseguenza di siffatta premessa, stando all'*iter* argomentativo della Corte, è che il cittadino di un Paese terzo, per potersi veder riconosciuti e poter fruire dei diritti derivanti dall'essere coniuge di un cittadino comunitario, «deve soggiornare legalmente» in un Paese dell'Unione nel momento in cui avviene il suo trasferimento in un altro Stato membro verso cui si sposta il cittadino comunitario suo familiare.

Il dato che si riscontra dall'analisi della sentenza *Akrich* è nel senso del fermo mantenimento delle competenze in tema di ingresso e soggiorno degli immigrati in capo agli Stati membri, competenze che possono subire limitazioni, a favore della normativa comunitaria in tema di libera circolazione sotto il profilo del diritto al ricongiungimento familiare, solo a condizione della sussistenza, in capo al coniuge extracomunitario, del pre-requisito del regolare soggiorno in un altro Stato membro.

D'altronde, come affermato dalla stessa Corte di giustizia a sostegno della decisione relativa al caso *Akrich*, il fatto che il cittadino extracomunitario che non disponga di un valido diritto di soggiorno sia impossibilitato a seguire il coniuge comunitario che, esercitando il diritto alla libera circolazione, si trasferisca in un altro Stato membro, va considerato come elemento di per sé non in grado di dissuadere quest'ultimo ad effettuare detto trasferimento¹⁴.

Tuttavia, la Corte arriva, comunque, ad individuare un elemento limitativo dei provvedimenti delle autorità nazionali circa la valutazione delle richieste di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi familiari di cittadini comunitari: esso consiste nell'osservanza del rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8 della CEDU¹⁵.

¹³ Così si legge al par. 49 della sentenza *Akrich*.

¹⁴ Si vedano i par. 52, 53, 54 della sentenza. In ciò, in sostanza, sarebbe da ravvisarsi la differente conclusione della Corte di giustizia nel caso *Akrich*, rispetto al precedente caso *Singh* (sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1992 in causa n. C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4265), richiamato a sostegno delle istanze del ricorrente nel caso *Akrich*.

¹⁵ L'art. 8 n. 1 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, recita: «Ogni persona ha diritto al rispetto della vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza». Sul principio del rispetto alla vita familiare si vedano, tra gli altri, A. OSTI, *Il rispetto alla vita familiare davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2007, n. 2, p. 422 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani*, in M. C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, Cedam, 2007, p. 115 ss.; M. G. RUO, *Riflessioni a margine della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e procedimenti di famiglia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006, n. 3, p. 1482 ss.; C. RUSSO - P. M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 154 ss.; F. SUDRE (a cura di), *Le droit au respect de*

Di riflesso, spetterà al giudice nazionale il compito di effettuare la verifica di legittimità del provvedimento di espulsione dello straniero coniuge del cittadino comunitario rispetto al parametro non del diritto comunitario, ma della CEDU, compiendo, in sostanza, un giudizio di proporzionalità¹⁶ finalizzato al contemperamento dei due contrastanti diritti al rispetto alla vita familiare ed all'ordine e alla sicurezza pubblica¹⁷.

Se appare così ricostruito il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno nell'ipotesi in cui la questione verta intorno al riconoscimento del diritto di ingresso e di soggiorno del cittadino di un Paese terzo che sia entrato illegalmente nel territorio della Comunità, resta ancora aperto un interrogativo: qual è la sorte del cittadino di un Paese terzo che voglia fare ingresso, per la prima volta, nel territorio della Comunità, in qualità di coniuge di un cittadino comunitario? In tal caso, potrà, o meno, trovare applicazione l'art. 10 del regolamento?

La problematica descritta è stata oggetto di un successivo caso (*Jia*) sottoposto al vaglio della Corte di giustizia¹⁸, adita dalla Commissione di ricorso

la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2002; F. CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 2002, n. 2, p. 212 ss.; L. DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, n. 3, p. 1069 ss.; S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001; P. PALLARO, *Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, n. 2, p. 453 ss. Il diritto al rispetto della vita familiare è stato, altresì, inserito nell'art. 7 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza e nuovamente proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Nel Trattato di Lisbona, la Carta riceve un rinvio nel novellato art. 6, pur non essendo incorporata *per estenso* nel testo del nuovo Trattato. Sul valore della Carta nel nuovo Trattato si veda, per tutti, A. DI STASI, *Tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea e mandato di arresto europeo: osservazioni sull'art. 2 della Legge 69/2005*, in *Scritti in onore di Umberto Leanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, Il volume, 2008, p. 1030 ss.

¹⁶ Il giudice nazionale dovrà, pertanto, verificare se il provvedimento di espulsione è previsto dalla legge, se è ispirato all'obiettivo di garantire la sicurezza dello Stato e se è da considerarsi necessario in una società democratica. In particolare, i limiti di ciò che è «necessario, in una società democratica», quando il coniuge ha commesso un'infrazione, sono stati evidenziati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sentenze del 2 agosto 2001, *Boultif c. Suisse*, n. 5427/00, pubblicata in *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-IX, e dell'11 luglio 2002, *Amrollahi c. Danemark*, ricorso n. 56811/00. Sul rapporto tra rispetto alla vita familiare ed espulsione dello straniero, si rinvia, tra gli altri, a C. CORSI, *Il rispetto alla vita familiare può limitare il potere di espulsione?*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, n. 3, p. 75 ss.; G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, Cedam, 2003, p. 165 ss.; B. NASCIBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 153 ss.; P. PALLARO, *Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit. *supra*, nota 15.

¹⁷ La dottrina manifesta perplessità sul fatto che la Corte di giustizia abbia richiamato i giudici nazionali ad applicare l'art. 8 della CEDU, piuttosto che dichiarare la propria incompetenza; in proposito, si vedano S. NINATTI, *Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di Giustizia*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 239-281, in particolare p. 267 ed E. SPAVENTA, *Annotation on Akrich*, cit. *supra*, nota 11, in particolare p. 230.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 9 gennaio 2007 in causa n. C-1/05, *Yunying Jia c. Mi-*

svedese in materia di immigrazione (*Utlänningsnämnden*) la quale domandava se l'art. 1 della direttiva n. 73/148/Cee¹⁹ e l'art. 10 del regolamento (Cee) n. 1612/68²⁰ andassero interpretati nel senso che il riconoscimento del diritto di residenza di un cittadino di uno Stato terzo, in qualità di membro della famiglia di un cittadino dell'Unione, presupponesse il previo soggiorno legale nel territorio della Comunità da parte del cittadino extracomunitario.

A tal proposito, vale ribadire che al par. 49, già citato, della sentenza *Akrich*, la Corte di giustizia aveva affermato che il diritto comunitario «non dispone nulla in merito all'esistenza dei diritti di un cittadino di un Paese terzo, coniugato con un cittadino dell'Unione, relativi all'accesso al territorio della Comunità».

Proprio sulla scia di quanto sostenuto nel caso *Akrich* appaiono formulate le conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhødded²¹ ove, partendo dalla considerazione che la prima ammissione di cittadini provenienti da Paesi terzi è una questione sulla quale spetta agli Stati membri decidere in base alla loro normativa in materia di immigrazione²², è desunta la conseguenza che l'art. 1 della direttiva n. 73/148, al pari dell'art. 10 del regolamento (Cee) n. 1612/68, vada interpretato nel senso che il cittadino di un Paese terzo, per poter godere del diritto di stabilimento da esso riconosciuto, debba già soggiornare legalmente all'interno della Comunità²³.

La Corte di giustizia disattende, però, le conclusioni dell'Avvocato Generale, affermando che il diritto comunitario «non impone agli Stati membri di subordinare la concessione di un permesso di soggiorno ad un cittadino di uno Stato terzo, membro della famiglia di un cittadino comunitario che si è avvalso della sua libertà di circolazione, alla condizione che tale membro del-

grationsverket, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1. Per alcuni commenti in dottrina si vedano M. CASTELLANETA, *Con la decisione dei giudici comunitari ricongiungimenti più facili per i genitori*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 5, p. 74; F. CISTERNINO, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 9 gennaio 2007, causa C-1/05 - Yunying Jia - Migrationsverket*, in *Giur. it.*, 2007, c. 293 ss.; M. ELSMORE - P. STARUP, *Case C-1/05, Yunying Jia v. Migrationsverket, Judgement of the Court (Grand Chamber), 9 January 2007, CMLR*, 2007, p. 787 ss.; B. OLIVIER - J. H. REESTMAN, *No legal residence requirements for the admission of family members with a third-country nationality of migrated Union citizens*, in *Eur. Cost. Law Rev.*, 2007, n. 3, p. 463 ss.; A. TRYFONIDOU, *Jia or "Carpenter II": the edge of reason*, in *EL Rev.*, 2007, n. 6, p. 908 ss.

¹⁹ La direttiva n. 73/148/Cee del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati Membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi, è stata abrogata dalla direttiva n. 2004/38/Ce.

²⁰ Solo il riferimento all'art. 1 della direttiva n. 73/148/Cee appare pertinente alla questione portata all'esame della Corte. Infatti, il caso di specie riguarda una cittadina cinese che invoca il legame di dipendenza economica dal figlio, sposato con una cittadina comunitaria, al fine di ottenere un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 1 della direttiva citata, secondo cui gli Stati membri sono tenuti ad eliminare le restrizioni al trasferimento e al soggiorno «degli ascendenti e discendenti dei cittadini suddetti e del coniuge di tali cittadini che sono a loro carico, qualunque sia la loro cittadinanza».

²¹ Conclusioni presentate all'udienza del 27 aprile 2006.

²² Si veda il par. 66 delle conclusioni.

²³ Si veda il par. 85 delle conclusioni.

la famiglia, in precedenza, abbia soggiornato legalmente in un altro Stato membro».

Sotto il profilo della demarcazione del confine tra competenze comunitarie e competenze statuali, la pronuncia in esame sembrerebbe, *prima facie*, rovesciare completamente, dietro la spinta espansiva del diritto comunitario, quanto, invece, affermato in precedenza dalla stessa Corte. Invero, essa ha una portata innovativa, a mio modesto parere, meno dirompente.

La Corte muove dalla considerazione che quanto stabilito dalla sentenza *Akrich* non avrebbe portata di principio generale: esso, infatti, sarebbe stato determinato dalla specifica situazione fattuale, caratterizzata dall'illegalità del soggiorno del Signor Akrich; elemento che, invece, non è riscontrabile nel caso *Jia*²⁴. Ciò comporta che la regola del «soggiorno legale precedente in un altro Stato membro, come formulata nella citata sentenza *Akrich*, non può essere trasposta alla presente causa e non può quindi essere applicata in una situazione del genere»²⁵.

A ben vedere, seppure non si volesse considerare come criterio di validità generale quanto posto a sostegno della sentenza *Akrich*, nondimeno un principio di portata generale potrebbe enuclearsi dalla pronuncia *Jia*. Tanto sembra legato al fatto che la Corte omette di affrontare e risolvere a monte il problema della demarcazione delle competenze comunitarie o nazionali in materia di ingresso e soggiorno dei familiari di cittadini comunitari; solo una tale analisi preventiva avrebbe consentito di formulare un criterio generale, slegato dalle singole situazioni contingenti.

In conclusione, dal *decisum* inerente il caso *Jia* si estrapola un duplice criterio: il diritto comunitario cede il passo al diritto nazionale, di fronte alle ipotesi di violazioni di quest'ultimo da parte del cittadino extracomunitario²⁶; esso, invece, trova applicazione nell'ipotesi in cui non sussistano violazioni di tal genere²⁷.

A ben vedere, poi, anche in questa seconda ipotesi non vi è completa erosione delle competenze nazionali a favore di quella comunitaria, la quale, al

²⁴ La Signora Jia era entrata in Svezia munita di un regolare visto turistico e prima della scadenza di quest'ultimo aveva presentato richiesta di permesso di soggiorno all'autorità svedese competente in materia di immigrazione, dichiarando di essere familiare a carico di un cittadino dell'Unione europea.

²⁵ Par. 32 della sentenza *Jia*.

²⁶ La necessità, in questo caso, da parte del cittadino non comunitario di dimostrare la sussistenza del requisito del previo soggiorno legale, assume, nell'ottica della Corte, un connotato quasi "sanzionatorio": infatti esso è richiesto nelle ipotesi in cui gli Stati membri intendano adottare provvedimenti per «lottare contro il comportamento dei membri della famiglia di un cittadino comunitario che non soddisfacevano le condizioni stabilite dal diritto nazionale per entrare e soggiornare in uno Stato membro» (par. 30 della sentenza *Jia*).

²⁷ Si veda, in tal senso, anche M. ELSMORE - P. STARUP, *Case C-1/05, cit. supra*, nota 18, in particolare p. 796; B. OLIVIER - J. H. REESTMAN, *No legal residence requirements, cit. supra*, nota 18, in particolare p. 471.

contrario, appare fortemente ristretta. Ed infatti, ricordando l'espressione utilizzata dalla Corte di giustizia, il diritto comunitario «non impone» il requisito del previo soggiorno legale in discussione.

Come sottolineato in dottrina: «*the phrase "does not require" (in German: nicht verpflichtet; in French: n'impose pas; in Dutch: er niet toe verplicht) has to be read as implying "but also does not forbid the imposing of a condition of legal residence"*»²⁸.

Dunque, le norme comunitarie sulla libera circolazione non presentano una forza impositiva tale da limitare fino in fondo le discipline nazionali sull'ingresso e il soggiorno degli extracomunitari familiari di cittadini degli Stati membri.

Occorre, però, sottolineare come una forma di limitazione alle scelte discrezionali degli Stati membri potrebbe derivare dall'applicazione, sostenuta in dottrina²⁹, del principio del mutuo riconoscimento del soggiorno legale. Ciò comporterebbe che, una volta che uno Stato membro abbia riconosciuto il diritto del coniuge extracomunitario ex art. 10 del regolamento 1968, allora anche gli altri Stati in cui questi si trasferisce con il coniuge comunitario, dovranno riconoscere analogo diritto, non potendo trovare applicazione le normative nazionali in materia di immigrazione, eventualmente più restrittive³⁰.

La supposta applicazione del mutuo riconoscimento non risulta, però, trovare conferma a livello giurisprudenziale.

Il riferimento è alla sentenza *Eind*³¹, resa dalla Corte di giustizia in occasione di due questioni interpretative sollevate dal Consiglio di Stato olandese (*Raad van State*).

La prima questione pregiudiziale pone, per l'appunto, l'interrogativo se, in caso di ritorno di un lavoratore comunitario nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, il diritto comunitario imponga alle autorità di questo

²⁸ B. OLIVIER - J. H. REESTMAN, *No legal residence requirements*, cit. supra, nota 18, p. 471.

²⁹ Si vedano M. ELSMORE - P. STARUP, *Case C-1/05*, loc. cit., in particolare p. 797; B. OLIVIER - J. H. REESTMAN, *No legal residence*, loc. ult. cit., in particolare p. 473.

³⁰ L'interpretazione data in tal senso dalla dottrina è determinata dalla necessità di evitare situazioni paradossali quali, ad esempio, l'impossibilità del cittadino comunitario di vedersi riconosciuto il diritto al ricongiungimento negli altri Stati membri e non nel proprio Stato di origine, il quale potrebbe adottare norme più restrittive.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2007 in causa n. C-291/05, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie c. R. N. G. Eind*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 10719. In dottrina si vedano J. BIERBACH, *European Citizens' Third-Country Family Members and Community Law*, in *Eur. Cost. Law Rew.*, 2008, n. 4, p. 344 ss.; W. CHIAROMONTE, *Il rientro del lavoratore nello Stato membro di cui è cittadino e il diritto di soggiorno del familiare cittadino di un paese terzo*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, n. 2, p. 88 ss.; S. COUTTS, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. "Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie" contre "R.N.G. Eind"*, *RDUE*, 2008, n. 1, p. 167 ss.; L. PASCUCI, *Ricongiungimento familiare dei lavoratori comunitari migranti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Famiglia e diritto*, 2008, n. 6, p. 549 ss.; B. P. VERMEULEN, *Akrich, Commission/Spain, Jia: Still not Eind to the uncertainty about first admission of third-country family members of EU migrants*, in *Migration Law and Sociology of Law, Collected Essays in honour of Kees Groenendijk*, 2008, p. 459 ss.

Stato di riconoscere al cittadino di uno Stato terzo, familiare del lavoratore comunitario, il diritto di ingresso e di soggiorno per il solo fatto che, nello Stato membro in cui quest'ultimo ha esercitato un'attività subordinata, il familiare extracomunitario era in possesso di un permesso di soggiorno in corso di validità, rilasciato in base all'art. 10 del regolamento n. 1612/68.

Orbene, la questione viene risolta in senso negativo dalla Corte di giustizia, la quale sottolinea come gli effetti del titolo di soggiorno rilasciato dalle autorità di uno Stato membro a un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un lavoratore comunitario, siano limitati al territorio di questo Stato membro.

L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento è, pertanto, esclusa, atteso che «il diritto comunitario non impone alle autorità di questo Stato di riconoscere al cittadino di uno Stato terzo, familiare di detto lavoratore, un diritto di ingresso e di soggiorno per il solo fatto che, nello Stato membro ospitante, in cui quest'ultimo ha esercitato un'attività subordinata, tale cittadino possedeva un permesso di soggiorno in corso di validità rilasciato in base all'art. 10 del regolamento n. 1612/68»³².

Nello stesso caso *Eind*, la Corte è investita anche di un'ulteriore questione che rileva al fine dell'indagine che stiamo conducendo, ossia: è necessario che il cittadino dello Stato terzo, prima di soggiornare nello Stato membro ospitante in cui il lavoratore ha svolto un'attività lavorativa subordinata, disponga di un diritto di soggiorno basato sul diritto nazionale nello Stato membro di cui quest'ultimo ha la cittadinanza?³³

La decisione della Corte è nel senso di non ritenere circostanza ostativa al riconoscimento del diritto di soggiorno nello Stato membro ex art. 10 del regolamento n. 1612/68, il fatto che il familiare extracomunitario non fosse già legalmente residente in un altro Stato membro sulla base della normativa nazionale di quest'ultimo Paese.

Il *decisum* non può, tuttavia, essere letto nel senso di vedere aperta la via al riconoscimento dei diritti di cui all'art. 10 del regolamento n. 1612/68 anche a quei cittadini extracomunitari che abbiano già soggiornato illegalmente in un altro Stato membro.

Infatti, rileva considerare come, nel caso di specie, la cittadina extracomunitaria richiedente il diritto di soggiorno, sebbene, come si è detto, non fosse residente in un altro Stato membro sulla base della normativa interna di quest'ultimo Paese, tuttavia vi risiedeva in maniera legale in virtù dell'appli-

³² Par. 26 della sentenza *Eind*.

³³ Con la seconda questione, il Giudice rimettente chiedeva anche se all'atto del rientro di un lavoratore nello Stato membro di cui è cittadino, dopo aver svolto un'attività lavorativa subordinata in un altro Stato membro, un cittadino di uno Stato terzo, familiare di tale lavoratore, disponga, in forza del diritto comunitario, di un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui il lavoratore ha la cittadinanza, senza che quest'ultimo vi svolga un'attività economica reale ed effettiva. La Corte si pronuncia nel senso di estendere il diritto anche in caso di soggetti «economicamente inattivi».

cazione dello stesso art. 10 del regolamento citato.

La non necessità del previo soggiorno legale appare, dunque, in maniera analoga a quanto analizzato nel caso *Jia*, legata al fatto contingente che la richiedente il permesso di soggiorno non fosse già soggiornante illegalmente in un altro Stato membro.

Tanto è dato evincersi anche dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, secondo cui «(...) poiché la Sig.na Eind (...) non soggiornava illegalmente in uno Stato membro, i predetti principi non impedivano alle autorità olandesi di riconoscere alla medesima un diritto di ingresso e di soggiorno nei Paesi Bassi in forza dell'ordinamento comunitario»³⁴.

Riassumendo, al fine del riconoscimento dei diritti di cui all'art. 10 del regolamento n. 1612/68/Cee, i dati che emergono alla luce delle tre sentenze analizzate sono i seguenti: *a.* è irrilevante che il cittadino del Paese terzo richiedente abbia soggiornato nel territorio della Comunità sulla base del diritto comunitario piuttosto che del diritto interno di un altro Stato (sentenza *Eind*); *b.* è altresì irrilevante che il richiedente provenga direttamente dal Paese terzo senza aver previamente soggiornato in un altro Stato membro (sentenza *Jia*); *c.* l'unico elemento che rileva, nel senso di poter determinare un diniego dei diritti in questione, è l'aver soggiornato nel territorio della Comunità in maniera illegale: questa ipotesi, infatti, rende inapplicabile la normativa comunitaria in favore di quella nazionale (sentenza *Akrich*).

4. Il *decisum* della Corte di giustizia nel caso *Metock*

La recente pronuncia della Corte di giustizia³⁵ fa registrare un cambiamento di rotta in relazione all'ipotesi *c.* esposta nel precedente paragrafo, ossia una diversa articolazione delle ripartizioni delle competenze tra diritto comunitario e diritto interno, rispetto a quanto si era visto nella pronuncia relativa al caso *Akrich*.

A chiare lettere, infatti, la Corte di giustizia afferma che la sentenza *Akrich* (accomunata al caso *Metock* dall'elemento del soggiorno illegale del richiedente) «dev'essere ripensata»³⁶.

Le argomentazioni della Corte prendono le mosse dall'indagine circa lo scopo della direttiva n. 2004/38/Ce consistente nel rafforzare i diritti di libera circolazione e di soggiorno di tutti i cittadini dell'Unione; pertanto, il godi-

³⁴ Si veda par. 48 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

³⁵ Per commenti in dottrina si vedano P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'esercizio della libertà di circolazione*, cit. *supra*, nota 4; G. MORGHESE, *Libertà di ingresso e soggiorno per il coniuge extracomunitario del cittadino dell'Unione*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 3; D. CHALMERS, *The Secret Delivery of Justice*, in *EL Rev.*, 2008, n. 6, p. 773 s.

³⁶ Par. 58 della sentenza.

mento di tali fondamentali diritti non può subire il condizionamento del previo soggiorno legale in un altro Stato membro quale requisito richiesto al coniuge extracomunitario.

Una volta chiarita la finalità della direttiva, ne consegue che il diritto comunitario può occuparsi, sebbene in funzione strumentale alla garanzia dei diritti alla libera circolazione dei cittadini comunitari, anche del primo ingresso dei cittadini di Paesi terzi familiari di questi ultimi, sottraendo del tutto la materia all'applicazione delle normative nazionali in materia di immigrazione.

Questa conclusione è rafforzata dal raffronto tra la direttiva n. 2004/38/Ce e la direttiva n. 2003/86/Ce³⁷: ed infatti, se si ipotizzasse la riserva di competenza in favore degli ordinamenti statali, si giungerebbe alla conclusione "paradossale" che uno Stato membro sarebbe tenuto ad autorizzare, in forza della direttiva n. 2003/86/Ce, l'ingresso e il soggiorno del coniuge del cittadino di un Paese terzo legalmente residente nel suo territorio, quando tale coniuge non risiede già legalmente in un altro Stato membro, ma sarebbe libero di negare l'ingresso e il soggiorno del coniuge di un cittadino dell'Unione nelle stesse circostanze.

Pertanto, in ipotesi di ingresso e soggiorno di un familiare di un cittadino comunitario, sarà applicabile sempre e solo la normativa comunitaria, la quale prescinde dal previo soggiorno legale nel territorio della Comunità e ciò anche nell'ipotesi in cui il cittadino extracomunitario si trovasse precedentemente nella situazione di soggiorno illegale sul territorio di uno Stato membro. In termini pratici, il diritto al ricongiungimento accordato sulla base del diritto comunitario presenta la capacità di prevalere rispetto anche ad eventuali ordini di espulsione che abbiano raggiunto il cittadino extracomunitario per la sua condizione di illegalità.

Dunque, a seguito dell'interpretazione fornita dalla pronuncia *Metock*, le

³⁷ Direttiva n. 2003/86/Ce del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, pubblicata in *Gu-UE* n. L 251 del 3 ottobre 2003. Per l'analisi della direttiva si rinvia, tra gli altri, a H. OOSTEROM-STAPLES, *The Family Reunification Directive: A Tool Preserving Member State Interest or Conducive to Family Unity?*, in A. BALDACCINI - E. GUILD - H. TONER, *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 451 ss.; J. M. CORTES MARTIN, *Immigration et regroupement familial dans l'Union européenne: un droit à géométrie variable?*, *RDUE*, 2005, n. 4, p. 721 ss. In generale, sulla disciplina comunitaria in materia di immigrazione, si vedano, tra gli altri, N. PARISI, *Ai confini d'Europa. Politiche migratorie e diritto d'asilo*, in D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 45 ss.; S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali. Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2006; M. R. SAULLE, *Migrazione e asilo nella Comunità e nell'Unione Europea*, in M. R. SAULLE - L. MANCA, *L'integrazione dei cittadini di paesi terzi nell'Europa allargata*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 9 ss.; C. FAVILLI - B. NASCIBENE, *La gestione dell'immigrazione a livello comunitario*, in A. COLOMBO - N. RONZITTI (a cura di), *L'Italia e la politica internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 149 ss.; I. HIGGINS - K. HAILBRONNER (eds.), *Migration and Asylum Law and Policy in the European Union*, Cambridge, University Press, 2004; L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2003.

competenze tra ordinamenti statali e diritto comunitario risultano così ripartite: fatto salvo il titolo IV della terza parte del Trattato, agli Stati è lasciata la possibilità di disciplinare in maniera autonoma gli ingressi dei cittadini di Paesi terzi sul proprio territorio nazionale; questa regola trova eccezione con riferimento a quei cittadini stranieri che siano familiari di cittadini comunitari esercitanti la libertà di circolazione previste dal diritto comunitario, atteso che la possibilità di mantenere o realizzare l'unità familiare è suscettibile di condizionare la libertà di circolazione del cittadino europeo e va, pertanto, assoggettata a regole uniformi dettate dal diritto comunitario.

Ciò comporta che il diritto comunitario non più, debolmente, si limita a «non imporre» (come statuito nella sentenza *Jia*) agli Stati membri di adottare disposizioni che obbligano il cittadino di un Paese terzo, coniuge di un comunitario, al previo soggiorno legale in un altro Stato membro ospitante, ma, in termini di evidente maggiore pregnanza, esso «osta» all'adozione di previsioni nazionali di tal genere.

È di tutta evidenza, dunque, il rovesciamento di posizione rispetto alla sentenza *Akrich*, ove la Corte di giustizia aveva fatto mero richiamo alle autorità nazionali dell'obbligo di rispettare l'art. 8 CEDU nel decidere se autorizzare o meno al soggiorno il familiare non comunitario già presente illegalmente nello spazio europeo, «rendendo per questa via molto fragile e di applicazione solo eventuale il principio di diritto comunitario astrattamente formulato in chiave più restrittiva»³⁸.

Sotto un profilo pratico, dall'interpretazione della direttiva così fornita dalla Corte di giustizia, deriva una forte limitazione al potere di espulsione delle autorità nazionali anche nelle ipotesi in cui un cittadino extracomunitario sia entrato e abbia già soggiornato illegalmente all'interno del territorio proprio o di un altro Stato membro ed abbia, solo successivamente, fatto valere il proprio *status* di familiare di un cittadino comunitario, acquisizione di *status* che risulta, dunque, in grado di porsi quale elemento "sanante" della precedente situazione di illegalità acclarata anche tramite provvedimenti di espulsione³⁹.

Resta, pertanto, a questo punto, da chiedersi quali funzioni assolvano le

³⁸ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'esercizio della libertà di circolazione*, cit. *supra*, nota 4, p. 1377.

³⁹ Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento, il coniuge di un cittadino dell'Unione gode dei diritti riconosciuti dalla direttiva indipendentemente dalle modalità con cui egli ha fatto ingresso nello Stato membro ospitante e indipendentemente dal luogo e dalla data del matrimonio. Infatti, in riferimento alla seconda questione pregiudiziale sollevata, la Corte si pronuncia nel senso di ritenere ininfluyente che i cittadini abbiano fatto ingresso nello Stato membro prima o dopo essere divenuti familiari del detto cittadino dell'Unione. Di conseguenza, secondo la Corte, «occorre interpretare i termini "familiari (...) che accompagnino (...) il cittadino medesimo", contenuti nell'art. 3, n. 1, della detta direttiva, riferendoli nel contempo ai familiari di un cittadino dell'Unione che abbiano fatto ingresso con quest'ultimo nello Stato membro ospitante e a quelli che soggiornano con lui in questo Stato membro, senza che occorra distinguere, in questo secondo caso, secondo che i cittadini di Paesi terzi abbiano fatto ingresso nel citato Stato membro prima o dopo del cittadino dell'Unione o prima di o dopo essere divenuti suoi familiari».

formalità amministrative – obbligo di visto e permesso di soggiorno, di cui si è fatto cenno in premessa – inerenti i diritti di ingresso e di soggiorno dei familiari cittadini di Paesi terzi contemplate nella stessa direttiva n. 2004/38/Ce e quali possano essere le conseguenze derivanti dal mancato rispetto delle stesse.

Alla luce di quanto statuito dalla Corte, il mancato rispetto di dette formalità non può essere sanzionato tramite provvedimento di espulsione, in quanto risulterebbe misura non "proporzionata" rispetto alla gravità della violazione: unici motivi che possono legittimare l'espulsione restano quelli legati all'ordine pubblico, alla pubblica e alla sanità pubblica.

Pertanto, la richiesta di diritto di soggiorno da parte del cittadino di un Paese terzo familiare di un cittadino comunitario, va accordata anche qualora sia stata avanzata in assenza delle suddette formalità, atteso che il rilascio della carta di soggiorno assume mero significato "ricognitivo" e non già "costitutivo" del diritto stesso. Detto principio, elaborato in passato dalla giurisprudenza con riferimento ai cittadini comunitari che transitassero da uno Stato membro all'altro, aveva trovato, invero, già riconoscimento, anche con riferimento ai familiari extracomunitari, in una pronuncia della Corte precedente allo stesso caso *Akrich*⁴⁰; peraltro, esso si evince dalla lettura del testo normativo stesso ove si parla, come evidenziato in premessa, di «comprova»⁴¹ del diritto di soggiorno.

5. La compatibilità della normativa italiana di recepimento con la direttiva n. 2004/38/Ce alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia

In ultimo, vale la pena analizzare quali riflessi può determinare l'interpretazione della direttiva n. 2004/38/Ce sotto il profilo della compatibilità rispetto ad essa della normativa di recepimento italiana.

Come è noto, la direttiva in oggetto ha trovato attuazione nel nostro ordinamento con il dlgs n. 30 del 6 febbraio 2007⁴², recentemente modificato dal

⁴⁰ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2002 in causa n. C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Stato belge*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6591. Per alcuni commenti si vedano A. L. VALVO, *Nota alla sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 25 luglio 2002-causa C-459/99*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2003, n. 13, p. 207 ss.; R. NUNIN, *Libera circolazione dei lavoratori comunitari e diritti dei coniugi extracomunitari*, in *Famiglia e Diritto*, 2002, n. 6, p. 577 ss. La differente posizione sostenuta dalla Corte di giustizia nel caso *Mrax* rispetto al precedente caso *Akrich* potrebbe essere ricondotta alla distinzione esistente tra residenti di breve e di lungo periodo; cfr. in tal senso M. ELSMORE - P. STARUP, *Case C-1/05, cit. supra*, nota 18, in particolare p. 796, secondo i quali autori: «Though Member State may require prior lawful residence when it comes to longer-term residence, this is not necessarily true with regard to short-term visits, such as in the case of third-country spouses on vacation with the Union citizens».

⁴¹ Ad ogni buon conto, anche il termine «assoggettamento», riferito al diritto di ingresso, alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale, va interpretato allo stesso modo.

⁴² «Attuazione della direttiva 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», in *Guri* n.

dlgvo n. 32 del 28 febbraio 2008⁴³, il quale, pur non contenendo una disposizione identica a quella contenuta nella normativa di recepimento irlandese, presenta, tuttavia, dei dubbi di conformità rispetto alla direttiva, così come interpretata dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento.

Infatti, se al fine dell'ingresso dei familiari extracomunitari, l'art. 5 del dlgvo n. 30/2007 riproduce il testo dell'art. 5 della direttiva n. 2004/38/Ce stabilendo che i cittadini extracomunitari siano "assoggettati" all'obbligo del visto, per quanto concerne il diritto di soggiorno, invece, l'art. 10, comma 3, lett. a. del Decreto di recepimento contempla, come elemento aggiuntivo rispetto alla analoga disposizione contenuta nella direttiva comunitaria, il possesso del visto di ingresso.

Dunque, il riconoscimento del diritto di soggiorno risulta, di fatto, collegato al previo ingresso e soggiorno legale del familiare extracomunitario all'interno del territorio italiano; in tal modo la disposizione interna si pone in contrasto con la direttiva comunitaria, la quale, stando all'interpretazione accolta dalla Corte di giustizia nella pronuncia in commento, impedisce alla normativa di uno Stato membro di introdurre disposizioni che impongano al cittadino di un Paese terzo, coniuge di un comunitario, di aver previamente soggiornato legalmente nel territorio del proprio Stato o in quello di un altro Stato membro⁴⁴.

Nella recente relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva n. 2004/38/Ce⁴⁵, la Commissione ha, giustappunto, rilevato «problemi di conformità» della normativa italiana⁴⁶. Quest'ultima, dun-

72 del 27 marzo 2007 e adottato in virtù della norma di delega conferita al Governo nell'art. 1, commi 1 e 3, della l. n. 62/2005 (Legge comunitaria 2004). In dottrina si vedano P. AMATO, *Il diritto alla libera circolazione alla luce dell'entrata in vigore della direttiva n. 2004/38/CE: il quadro europeo e il caso italiano*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, n. 2, p. 571 ss.; A. LANG - B. NASCIBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea*, in *Dir. imm. citt.*, 2007, n. 2, p. 43 ss.

⁴³ «Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, recante attuazione della direttiva n. 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri», pubblicato in *Guri* n. 52 dell'1 marzo 2008. Per un'analisi delle recenti modifiche si vedano M. DI FILIPPO, *La libera circolazione dei cittadini comunitari e l'ordinamento italiano: (poche) luci e (molte) ombre nell'attuazione della direttiva 2004/38/CE*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 428 ss. e A. LANG, *Le modifiche al decreto legislativo n. 30 del 2007 sui cittadini comunitari*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, n. 3-4, p. 120 ss.

⁴⁴ Sul punto si vedano anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'esercizio della libertà di circolazione*, cit. *supra*, nota 4, in particolare p. 1376; G. PERIN, *La disciplina applicabile ai coniugi stranieri di cittadini italiani: chiarimenti giurisprudenziali e nuovi interrogativi*, in *Dir. imm. citt.*, 2007, n. 4, p. 70 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2007, in particolare p. 70.

⁴⁵ Com(2008)840 del 10 dicembre 2008, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva n. 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, cui è seguita la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva n. 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, Com(2009)313 definitivo del 2 luglio 2009.

⁴⁶ Dello stesso avviso è anche la Corte di appello di Venezia, sezione III civile, la quale ha sottolineato che «l'art. 5, comma 2, D. Lvo n. 30/07 si pone in contrasto con la normativa comunitaria

que, necessita di una modifica, nel senso dell'adeguamento alle disposizioni della direttiva comunitaria, pena l'avvio probabile di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, del tipo di quella già portata avanti nei confronti della Spagna e culminata nella sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. Spagna* del 14 aprile 2005, ove l'ordinamento spagnolo è stato censurato per aver imposto ai cittadini di Paesi terzi, familiari di cittadini comunitari che avessero esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, l'obbligo di ottenere un visto di soggiorno ai fini del rilascio del permesso di soggiorno⁴⁷. Censure che, verosimilmente, potrebbero colpire lo Stato italiano non solo per un errato recepimento della direttiva comunitaria ma anche per delle rilevate scorrette prassi applicative⁴⁸ che vedrebbero le Questure competenti rigettare richieste di soggiorno di familiari extracomunitari per mancata prova della legalità del proprio ingresso in Italia.

6. Conclusioni

La Corte di giustizia giunge, con la pronuncia in commento, a definire una nuova linea di confine tra competenze della Comunità e quelle degli ordinamenti statuali in materia di immigrazione, nella specie sottraendo a questi ultimi la possibilità di dettare regole in materia di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, familiari di comunitari.

In maniera più marcata rispetto alle ricordate precedenti decisioni della stessa Corte, la pronuncia in commento segna l'ampliamento dei poteri della Comunità a discapito di quelli degli Stati membri, che pur gelosamente hanno cercato di mantenerli, data la delicatezza del settore e le problematiche ad esso legate⁴⁹, portando, in concreto, alla limitazione della capacità degli Stati

così come interpretata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza del 25 luglio 2008 emanata in esito al procedimento n. C-127/08 nella parte in cui subordina il rilascio della carta di soggiorno a favore del coniuge extracomunitario di cittadina comunitaria al possesso da parte dello stesso di un visto d'ingresso in Italia» e, pertanto, ha proceduto alla disapplicazione dell'art. 5, comma 2, citato (decreto del 23 marzo 2009 emesso nella causa R.G. n. 112/2009).

⁴⁷ Nel caso di specie, la Corte di giustizia ha accertato la non corretta trasposizione della direttiva del Consiglio n. 68/360/Cee (relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità), della direttiva n. 73/148/Cee (relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi) e della direttiva n. 90/365/Cee (relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale), e segnatamente imponendo ai cittadini di un Paese terzo, familiari di un cittadino comunitario che abbia esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, l'obbligo di ottenere un visto di soggiorno ai fini del rilascio del permesso di soggiorno.

⁴⁸ Un riferimento a tali prassi è in G. PERIN, *La disciplina applicabile ai coniugi stranieri*, cit. *supra*, nota 44, in particolare p. 76.

⁴⁹ Ed infatti, alcuni Paesi (si tratta dei Governi ceco, danese, tedesco, ellenico, cipriota, maltese, olandese, austriaco, finlandese, del Regno Unito) sono intervenuti nel corso del processo relativo al caso *Metock* formulando delle Osservazioni a sostegno della competenza esclusiva delle normative nazionali a disciplinare il primo ingresso nel territorio comunitario dei cittadini di Paesi

membri nella regolamentazione dei flussi di ingresso e nell'adozione di provvedimenti di espulsione per irregolarità nell'ingresso e/o nel soggiorno in relazione alla categoria dei familiari dei cittadini comunitari.

Ampliata la portata della direttiva n. 2004/38/Ce, si impone ai numerosi Stati membri⁵⁰ che, anche sull'onda della sentenza *Akrich*, hanno introdotto disposizioni analoghe a quelle irlandesi censurate, di provvedere alla revisione delle proprie normative di recepimento.

Rossana Palladino*

terzi che siano familiari di cittadini comunitari.

⁵⁰ Nella relazione della Commissione Com(2008)840 del 10 dicembre 2008 (*cit. supra*, nota 45), si legge che, oltre l'Irlanda, anche Danimarca, Finlandia e Regno Unito hanno introdotto disposizioni normative secondo cui, per poter fruire del diritto di soggiorno in uno Stato membro, il familiare cittadino di un Paese terzo deve soggiornare già legalmente in un altro Stato membro. Inoltre, altri sette Stati membri hanno adottato la stessa interpretazione con circolari amministrative.

* Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia», indirizzo autonomo nel corso di dottorato «Teoria delle Istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento» / Università degli Studi di Salerno.

CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ DEGLI ATTI DELLE AGENZIE EUROPEE: INDIVIDUAZIONE DEI MECCANISMI DI TUTELA GIUDIZIARIA

Tribunale di primo grado

Sentenza dell'8 ottobre 2008 in causa n. T-411/06*

Sogelma - Società generale lavori manutenzioni appalti Srl c. Agenzia europea per la ricostruzione (AER), sostenuta da Commissione delle Comunità europee

Regolamento (Ce) n. 2667/2000 - Istituzione dell'Agenzia europea per la ricostruzione (AER) - Attribuzioni - Appalti di lavori pubblici - Decisione di annullamento di gara d'appalto - Art. 230, 4° comma, CE - Ricorso in annullamento - Competenza del Tribunale.

È ricevibile il ricorso per l'annullamento degli atti, non compresi tra quelli impugnabili ai sensi dell'art. 230 del Trattato Ce, dell'Agenzia europea per la ricostruzione. Infatti in una Comunità di diritto ogni atto adottato da un organismo comunitario destinato a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi deve essere suscettibile di controllo giurisdizionale.

La delega di poteri operata dalla Commissione a favore dell'Agenzia europea per la ricostruzione non può privare gli atti dell'Agenzia, al pari di quelli che la Commissione avrebbe dovuto adottare in assenza di delega, della loro qualità di atti impugnabili.

* In argomento v. *infra*, p. 491 ss., il commento di *RENZO ROSSOLINI*.

LA COMPETENZA DEL GIUDICE COMUNITARIO PER L'ANNULLAMENTO DEGLI ATTI DELLE AGENZIE EUROPEE

Sommario: 1. *Cenni sulle agenzie comunitarie* - 2. *Esame della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee dell'8 ottobre 2008 in causa n. T-411/06* - 3. *Prospettive della tutela giudiziaria nei confronti delle agenzie.*

1. Cenni sulle agenzie comunitarie

Uno dei fenomeni più rilevanti sia sotto il profilo pratico sia sotto quello teorico che si è sviluppato nell'Unione europea è costituito dalla creazione di nuovi soggetti giuridici non nominativamente individuati o singolarmente determinati nelle loro principali caratteristiche dalle norme pattizie¹.

In particolare, in ambito comunitario sono sorti enti, comunemente definiti agenzie, ai quali il regolamento istitutivo assegna il compito di adottare misure di varia natura dirette ad incidere sulla formazione, adozione ed attuazione della disciplina comunitaria, svolgendo funzioni inquadrabili alla luce degli scopi e nell'ambito delle attività di cui agli artt. 2 e 3 del Trattato Ce.

Tutti i regolamenti istitutivi delle agenzie attribuiscono loro la personalità giuridica di diritto comunitario, oltre alla più ampia capacità giuridica riconosciuta nei diritti nazionali alle persone giuridiche². La soggettività comunitaria delle agenzie si riflette poi in uno speciale regime giuridico connesso alla circostanza che svolgono, come osservato, attività tese al conseguimento di obiettivi comunitari. Esse, da un lato, sono dotate di autonomia che si sostanzia in attività, struttura e bilancio distinti da quelli della Comunità e, dall'altro, godono, ad esempio in materia di privilegi ed immunità o a proposito di

¹ V. da ultimo e con ampie indicazioni bibliografiche F. COMTE, *Agences européennes: relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne?*, *RDUE*, 2008, p. 461 ss.; R. ROSSOLINI, *Le agenzie comunitarie*, in questa *Rivista*, 2008, p. 29 ss.

² V. R. ROSSOLINI, *Le agenzie comunitarie*, *loc. cit.*, p. 39 ss.

stato giuridico del loro personale, dello stesso regime proprio di quest'ultima.

Un aspetto particolarmente importante della problematica in esame è costituito dall'individuazione dei meccanismi di tutela giudiziaria cui è possibile ricorrere nei confronti delle agenzie specie, per quanto qui interessa, al fine di verificare la legittimità dei loro provvedimenti. In alcuni casi i regolamenti istitutivi ammettono un ricorso diretto alla Corte di giustizia alle stesse condizioni previste dall'art. 230 del Trattato Ce. Altre volte si prevede che il controllo di legittimità, anche su richiesta di terzi direttamente ed individualmente interessati, sia operato dalla Commissione contro le cui decisioni è sempre ammesso, indipendentemente dalle espresse previsioni che talora lo contemplano, ricorrere in via giudiziaria secondo il disposto letterale dell'art. 230 del Trattato Ce. In altri casi ancora si stabilisce che gli interessati possono adire, con ricorso amministrativo, organi dell'agenzia all'uopo costituiti (Commissioni di ricorso) le cui decisioni possono essere impugnate innanzi la Corte di giustizia³.

Si pone invece il problema della tutela dei singoli quando i regolamenti istitutivi non contemplano, direttamente o indirettamente, la possibilità di un sindacato giudiziale sui provvedimenti delle agenzie che li riguardano e che ledono i loro interessi.

2. Esame della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee dell'8 ottobre 2008 in causa n. T-411/06

Il caso da ultimo citato si è verificato in occasione di un ricorso per l'annullamento di provvedimenti dell'Agenzia europea per la ricostruzione (AER) promosso da un privato innanzi al Tribunale di primo grado e deciso con sentenza dell'ottava sezione di tale tribunale dell'8 ottobre 2008⁴.

Occorre precisare che l'Agenzia, istituita sulla base dell'art. 308 del Trattato Ce dal regolamento (Ce) n. 2667/2000 del Consiglio del 5 dicembre 2000, ha, come tutti gli organismi analoghi, una propria struttura, costituita dal Consiglio direttivo e dal Direttore; una propria personalità comunitaria; la più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali, ed è dotata di un proprio bilancio⁵.

³ V. R. ROSSOLINI, *Le agenzie comunitarie*, cit. *supra*, nota 1, p. 53 ss.

⁴ V. sentenza dell'8 ottobre 2008 in causa n. T-411/06, *Sogelma c. Agenzia europea per la ricostruzione (AER)*, in www.curia.europa.eu. V., a commento, V. J. GUNDEL, *Der Rechtsschutz gegen Handlungen der EG-Agenturen-endlich geklärt?—Zugleich Anmerkung zu EuG, Urteil v. Sogelma/Europäische Agentur für den Wiederaufbau (EAR)*, in *Europarecht*, 2009, p. 383 ss.

⁵ V. il regolamento in *Guce* n. L 306 del 7 dicembre 2000, p. 7 ss. Modificazioni sono state apportate con i seguenti regolamenti: n. 2415/2001 del Consiglio del 10 dicembre 2001, in *Guce* n. L 237 del 12 dicembre 2001, p. 3 ss.; n. 1643/2003 del Consiglio del 18 giugno 2003, in *Gu-Ue* n. L 245 del 29 settembre 2003, p. 16 ss.; n. 2068/2004 del Consiglio del 29 novembre 2004, in *Gu-Ue*

L'AER, rispetto al consueto modello delle agenzie comunitarie, si caratterizza sia per l'espressa previsione di un termine finale alla sua attività, sia per il fatto che il suo personale è, in parte, assegnato o distaccato da altri enti ed in parte composto da agenti assunti per una durata strettamente legata alle sue necessità. Peculiare è, infine, il suo rapporto con la Commissione che stabilisce, mediante delega o incarico, i compiti che è chiamata a svolgere nel campo dell'assistenza comunitaria prevista dal regolamento (Ce) n. 2666/2000 del Consiglio del 5 dicembre 2000 e concernente i territori della Serbia, del Montenegro e dell'ex Repubblica iugoslava di Macedonia.

Il regolamento istitutivo comprende espressamente nell'ambito delle operazioni di assistenza che la Commissione può affidare all'AER la preparazione delle gare d'appalto e la valutazione delle offerte relativamente alle operazioni necessarie per la ricostruzione dei territori di sua competenza ed il ritorno dei profughi e degli sfollati.

In virtù di tale attribuzione l'AER bandì nel 2005 una gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori che riguardava il ripristino della libera navigazione (con rimozione degli ordigni inesplosi) nelle linee di navigazione interne nella Repubblica Serba, in Serbia e Montenegro. Alla gara parteciparono tre consorzi di imprese uno dei quali, costituito dalla S.r.l. Sogelma e da una società croata, offrì il prezzo più basso. Sennonché l'AER, ritenendo che nessuna delle offerte presentate rispondesse ai requisiti prescritti, annullò la gara ed indisse una nuova procedura concorsuale per l'aggiudicazione dei lavori.

La Sogelma, giudicando illegittimi tali provvedimenti lesivi del suo interesse a concludere la gara e ad aggiudicarsi i lavori, adì il Tribunale di primo grado al fine di ottenerne l'annullamento unitamente alla condanna dell'Agenzia al risarcimento danni.

Occorre a questo punto precisare che il regolamento istitutivo dell'AER ammette la competenza dei giudici comunitari soltanto per far valere la sua responsabilità extracontrattuale e per ottenere l'annullamento delle sue decisioni, relative al diritto d'accesso, assunte ai sensi dell'art. 8 del regolamento (Ce) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001.

Si trattava quindi di stabilire, ai fini della ricevibilità del gravame, se l'art. 230 del Trattato Ce, che prevede soltanto la possibilità di impugnare gli atti delle istituzioni ivi menzionate e della Banca centrale europea, potesse applicarsi alle agenzie.

Prima di risolvere tale quesito occorre stabilire se i provvedimenti impugnati erano imputabili all'Agenzia o non, invece, alla Commissione che

n. L. 358 del 3 dicembre 2004, p. 2 s.; n. 389/2006 del Consiglio del 27 febbraio 2006, in *Gu-Ue* n. L. 65 del 7 marzo 2006, p. 5 ss.; n. 1756/2006 del Consiglio del 28 novembre 2006, in *Gu-Ue* n. L. 322 del 30 novembre 2006, p. 18 s. che ha prorogato l'attività dell'AER fino al 31 dicembre 2008.

l'aveva delegata a svolgere l'attività contestata.

Normalmente il delegato agisce in nome e per conto proprio, con la conseguenza che gli atti ed i comportamenti posti in essere, così come i loro effetti, non possono essere imputati al delegante.

Pertanto la giurisprudenza comunitaria perviene ad una soluzione diversa da quella indicata nel caso in cui le determinazioni od i comportamenti del delegato siano imposti dal delegante. Al proposito è interessante osservare che, in tema di responsabilità extracontrattuale ove spesso si verifica il concorso nel fatto generatore del danno di organi nazionali e comunitari, la Comunità risponde quando l'organo nazionale è giuridicamente vincolato dalle istituzioni a porre in essere il comportamento lesivo⁶.

Ad un principio analogo si ispira anche la giurisprudenza che, ai fini del giudizio di annullamento, imputa alla Comunità provvedimenti altrui. La sentenza *Sogelma* si riferisce, ad esempio, ad un caso in cui il Tribunale di primo grado attribuì alla Commissione le decisioni di un'associazione tedesca su domande di finanziamento in quanto le pronunce dei rappresentanti dell'istituzione che stabilivano se il sostegno dovesse o meno essere concesso erano trasmesse all'ente privato che non poteva discostarsene⁷.

Da questa giurisprudenza si desume quindi che l'annullamento della gara d'appalto e l'indizione di una nuova gara sono provvedimenti imputabili all'AER poiché assunti autonomamente dall'Agenzia e non certo imposti dalla Commissione⁸.

⁶ A. BARONE, *Art. 240 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1136. R. BARATTA, *Art. 288 TCE*, *ivi*, p. 1292 precisa che quando le autorità nazionali attuano il diritto comunitario agendo discrezionalmente non è ammesso avanzare pretese risarcitorie nei confronti della Comunità. A proposito del concorso di organi nazionali e comunitari in materia di responsabilità extracontrattuale v. G. VENTURINI, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 235 s.

⁷ V. la sentenza del Tribunale di primo grado del 18 febbraio 1998 in cause riunite n. T-369/84 e n. T-85/95, *DIR International Film ed altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 357 ss.

Non sembra che l'ordinanza, citata nella sentenza in commento, del Tribunale di primo grado del 5 dicembre 2007 in causa n. T-133/03, *Schering - Plougt c. Commissione ed Agenzia europea di valutazione dei medicinali*, in www.curia.europa.eu, riguardi un caso in cui l'attività dell'ente delegato sia attribuibile al delegante. Nella specie era stato impugnato, in base all'art. 230 del Trattato Ce, il rigetto della domanda di modificare i termini dell'autorizzazione a commercializzare alcuni farmaci. L'art. 6, par. 4, del regolamento n. 542/95 della Commissione del 10 marzo 1995 stabilisce che tali istanze si intendono respinte se l'interessato, al quale l'agenzia europea per la valutazione dei medicinali deve comunicare il proprio motivato parere negativo, non modifica o non è in grado di modificare la propria domanda in conformità del parere. Tale norma configura una fattispecie complessa, costituita dal parere dell'agenzia e dal comportamento del privato, al cui verificarsi si intende adottato da parte dell'autorità competente a stabilire la commercializzazione del farmaco e cioè della Commissione, un provvedimento implicito di rigetto. Conseguentemente il rifiuto impugnato non poteva considerarsi adottato dall'agenzia ed imputabile alla Commissione, ma doveva ritenersi adottato direttamente da quest'ultima.

⁸ La delega operata a favore dell'AER rientra nei limiti della c.d. «dottrina Meroni» (v. R. ROSSOLINI, *Le agenzie comunitarie*, *cit. supra*, nota 1, p. 47 ss.) comportando valutazioni tecniche e non già l'esercizio di discrezionalità politica. Cfr. V. J. GUNDEL, *Der Rechtsschutz gegen Handlungen der EG-Agenturen-endlich geklärt?*, *cit. supra*, nota 4, p. 384.

3. Prospettive della tutela giudiziaria nei confronti delle agenzie

Il Tribunale di primo grado, affrontando il nodo centrale della questione della ricevibilità del ricorso Sogelma contro i provvedimenti dell'AER, prende le mosse dal «principio generale in forza del quale ogni atto adottato da un organismo comunitario destinato a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi deve essere suscettibile di controllo giurisdizionale»⁹. Tale asserto, in realtà, più che un principio generale, pare un corollario del principio generale che afferma il fondamentale diritto, più volte ribadito dalla giurisprudenza, ad una piena ed effettiva tutela giurisdizionale¹⁰.

Poiché nella fattispecie la tutela nei confronti dell'Agenzia non può essere fornita dal giudice interno¹¹, «ne consegue», secondo il Tribunale, che è il giudice comunitario a dover garantire gli interessi del singolo e così al contempo anche l'osservanza di uno dei fondamentali postulati di una comunità di diritto.

L'applicazione dell'art. 230 del Trattato Ce agli atti dell'AER si fonda sugli stessi principi che indussero la Corte ad estendere la sua sfera di applicazione agli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti nei confronti di terzi che, all'epoca della celebre sentenza *Les Verts*, non erano compresi tra quelli che la norma considerava impugnabili¹². In entrambi i casi, infatti, l'operazione ermeneutica si giustifica al fine di fornire al singolo la possibilità, altrimenti inesistente, di contestare in giudizio atti lesivi ritenuti illegittimi.

A questo punto il Tribunale opportunamente ha avvertito la necessità di chiarire la portata di una propria precedente ordinanza che, avendo escluso

⁹ Così il punto 37 della sentenza in esame.

¹⁰ V., ad esempio, per l'affermazione del principio, le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee del 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, in *Raccolta*, 1986, p. 1651 ss. (spec. punto 18) e dell'11 settembre 2003 in causa n. C-13/01 (Sesta sezione), in *Raccolta*, 2003, I, p. 8679 ss., punto 56. V. altresì la sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 15 gennaio 2003 in cause riunite n. T-377/00, n. T-379/00, n. T-380/00, n. T-260/01 e n. T-272/01 (Seconda sezione), *Philips Morris, Inc e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 1 ss. (spec. punto 121).

¹¹ Il Tribunale, al punto 42 della sentenza che si commenta, esclude che i provvedimenti dell'AER possano essere impugnati innanzi al giudice interno in quanto l'agenzia non è un'autorità nazionale. Tale motivazione non appare decisiva poiché anche le controversie delle quali sono parti le agenzie, analogamente a quanto dispone l'art. 240 del Trattato Ce per la Comunità, non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza dei giudici nazionali. Una più persuasiva spiegazione parrebbe peraltro adombrata dal Tribunale allorché pone in risalto più che la natura della persona giuridica quella del provvedimento impugnato. Non pare, infatti, dubbio che l'annullamento di un bando di gara e l'indizione di una nuova gara siano atti autoritativi capaci di incidere direttamente sulle posizioni giuridiche di soggetti terzi e che quindi rientrino tra gli aspetti pubblicistici delle attività delle agenzie demandati, al pari di quelli della Comunità, alla cognizione esclusiva del giudice comunitario. V. al riguardo A. BARONE, *Art. 240 TCE*, cit. *supra*, nota 6, p. 1135; L. FUMAGALLI, *Art. 240 TCE*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità*, cit. *supra*, nota 6, p. 820.

¹² V. la sentenza del 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *Les Verts c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 1986, p. 1139 ss.

l'applicabilità dell'art. 230 del Trattato Ce agli atti dell'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli), poteva apparire in contrasto con la sentenza in esame¹³. Il Tribunale precisa al riguardo che l'affermazione dell'ordinanza secondo cui la norma pattizia non consente di impugnare atti di organi comunitari ivi non enumerati, doveva essere interpretata alla luce del caso di specie in cui era possibile far valere in giudizio l'illegittimità degli atti dell'Ufficio indipendentemente dal ricorso all'art. 230 del Trattato Ce.

Lo stesso Ufficio riconobbe del resto, nelle proprie difese in corso di causa, che se i propri atti avessero potuto essere soggetti a controllo giudiziale soltanto in virtù di tale norma, essa avrebbe dovuto interpretarsi nel senso di includerli tra quelli impugnabili.

Una volta illustrata la coerenza della propria giurisprudenza, il Tribunale, richiamando una sentenza della Corte che non aveva esteso l'applicazione dell'art. 230 del Trattato Ce agli atti dell'Eurojust¹⁴, sottolinea un elemento importante, anche se ovvio, e cioè che il giudizio di annullamento in base alla norma può essere promosso soltanto nei confronti delle agenzie che, come l'AER, operano in ambito comunitario.

Per stabilire la possibilità e l'ampiezza del controllo su atti di organismi che esplicano funzioni riconducibili alle disposizioni sulla politica estera e di sicurezza comune od alla normativa sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, occorre riferirsi al regime dettato per ognuno di tali "pilastri" del Trattato sull'Unione europea.

Il Tribunale, richiamando parte della giurisprudenza¹⁵, ribadisce anche il consolidato orientamento che non ritiene ricevibile un ricorso per l'annullamento di atti endoprocedimentali non vincolanti soggetti terzi.

Sembra, infine, che la sentenza del Tribunale offra indicazioni suscettibili di implicazioni più vaste rispetto al tema, oggetto della pronuncia, dell'annullamento degli atti delle agenzie lesive delle prerogative di terzi.

Interessante è il rilievo in base al quale le decisioni che la Commissione avrebbe adottato non possono perdere la loro qualità di atti impugnabili per il

¹³ V. l'ordinanza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee dell'8 giugno 1998 in causa n. T-148/97 (Terza sezione), *Keeling c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 2217 ss.

¹⁴ V. la sentenza della Corte del 15 marzo 2005 in causa n. C-160/03, *Regno di Spagna c. Eurojust*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2077 ss.

¹⁵ V. l'Ordinanza Presidenziale, citata dalla sentenza che si commenta, del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 17 giugno 2008 in cause riunite n. T-311/06 R I, n. T-311/06 R II, n. T-312/06 R e n. T-313/06 R (Grande sezione), *FMC Chemical (ed altri) c. Autorità europea per la sicurezza alimentare*, in www.curia.europa.eu. Nello stesso senso v. altresì la sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 18 dicembre 2003 in causa n. T-311/06 (Quinta sezione), *Olivieri c. Commissione ed Agenzia europea di valutazione dei medicinali*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 6053 ss.

solo fatto che essa ha delegato alcune competenze all'Agenzia¹⁶. Alla stessa stregua potrebbe infatti osservarsi che quanto operato dalle agenzie per l'assolvimento delle funzioni ad esse attribuite dalle istituzioni nel regolamento istitutivo non può, per questa sola circostanza, essere sottratto a tutti quei controlli cui in sede giudiziaria potrebbe essere soggetto se le istituzioni avessero esercitato direttamente quei compiti¹⁷.

Conseguentemente sarebbero applicabili alle agenzie tutti i mezzi di tutela giudiziaria che il singolo può esperire nei confronti delle istituzioni¹⁸.

Certamente non può sfuggire che la tendenza ad estendere attraverso atti di diritto derivato o, a maggior ragione, in linea interpretativa l'applicazione delle norme dei Trattati relative alla tutela giudiziale ad organismi non contemplati, pone problemi di certezza del diritto che dovrebbero essere superati con apposite modifiche ai Trattati¹⁹.

Assai opportunamente quindi il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, risultante dal Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, prevede (nella versione consolidata) agli artt. 263, 265, 267 e 277 che, rispettivamente, il controllo di legittimità, il ricorso in carenza, il rinvio pregiudiziale e l'eccezione di invalidità siano estesi, alle stesse condizioni previste per le istituzioni, agli «organi od organismi dell'Unione»²⁰.

Renzo Rossolini*

¹⁶ Così il punto 40 della sentenza in esame.

¹⁷ Sottolinea che la delega di funzioni alle agenzie non può comportare la creazione di lacune nella tutela giudiziaria dei singoli V. G. GUNDEL, *Der Rechtsschutz gegen Handlungen der EG-Agenturen-endlich geklärt?*, cit. supra, nota 4, p. 392.

¹⁸ V. al riguardo R. ROSSOLINI, *Le agenzie comunitarie*, cit. supra, nota 1, p. 55 ss.

¹⁹ Cfr. V. RANDAZZO, *Il progetto di accordo interistituzionale sulle agenzie europee di regolazione: una soluzione adeguata?*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 1062 ss.

²⁰ La sentenza in esame (punti 60 ss.) ritiene legittime, purché dotate di fondamento giuridico, le disposizioni che prescrivono un procedimento amministrativo obbligatorio prima dell'introduzione di un ricorso al giudice comunitario. L'entrata in vigore delle norme richiamate del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea risulta pertanto compatibile con le disposizioni dei regolamenti istitutivi delle agenzie che stabiliscono tali tipi di procedimenti.

L'insegnamento giurisprudenziale parrebbe corrispondere al citato art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che, al quinto comma, ammette che i provvedimenti istitutivi di organi ed organismi dell'Unione possano prevedere condizioni e modalità specifiche per i ricorsi delle persone fisiche o giuridiche diretti all'annullamento di atti produttivi di effetti giuridici nei loro confronti.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Parma.

LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI PRODOTTI: LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LA NOZIONE DI «MEDICINALE»

I

Corte di giustizia

Sentenza del 16 ottobre 2008 in causa n. C-452/06*

The Queen, su istanza di: Synthon BV c. Licensing Authority of the Department of Health

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2001/83/CE come modificata dalla direttiva n. 2004/27/CE - Qualificazione di un prodotto come farmaco - Autorizzazione all'immissione in commercio - Procedure di mutuo riconoscimento - Diniego - Violazione qualificata del diritto comunitario.

L'art. 28 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, n. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, osta a che uno Stato membro, che abbia ricevuto una domanda di mutuo riconoscimento di un'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale per uso umano rilasciata da un altro Stato membro nell'ambito della procedura abbreviata di cui all'art. 10, n. 1, lett. a., sub iii., della medesima direttiva, respinga tale domanda in quanto il medicinale in questione non è essenzialmente analogo al medicinale di riferimento.

Il diniego, da parte di uno Stato membro, di riconoscere, ai sensi dell'art. 28 della direttiva n. 2001/83, un'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale per uso umano rilasciata da un altro Stato membro nell'ambito della procedura abbreviata di cui all'art. 10, n. 1, lett. a., sub iii., di tale direttiva, in quanto il medicinale di cui trattasi o non è essenzialmente analogo al

* In *Raccolta*, 2008, I, p. 7681 ss. In argomento v. *infra*, p. 503 ss. il commento di FEDERICO FORNÌ.

medicinale di riferimento o appartiene ad una categoria di farmaci per i quali una prassi generale dello Stato membro interessato esclude che possa essere considerato essenzialmente analogo al medicinale di riferimento, costituisce una violazione sufficientemente qualificata del diritto comunitario, tale da far sorgere la responsabilità di detto Stato membro.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 15 gennaio 2009 in causa n. C-140/07

Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg, con l'intervento di: Vertreterin des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2001/83/Ce, artt. 1, punto 2, 2, n. 2, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce - Nozione di «farmaco per funzione» - Criteri di qualificazione.

L'art. 2, n. 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/27/Ce, deve essere interpretato nel senso che la direttiva n. 2001/83, come modificata dalla direttiva n. 2004/27, non si applica ad un prodotto la cui qualità di medicinale per funzione non sia scientificamente dimostrata, pur non potendo essere esclusa.

L'art. 1, punto 2, lett. b., della direttiva n. 2001/83, come modificata dalla direttiva n. 2004/27, deve essere interpretato nel senso che i criteri delle modalità d'uso di un prodotto, dell'ampiezza della sua diffusione, della conoscenza che ne hanno i consumatori e dei rischi che possono derivare dalla sua utilizzazione sono ancora rilevanti per stabilire se tale prodotto sia compreso nella definizione di medicinale per funzione.

L'art. 1, punto 2, lett. b., della direttiva n. 2001/83, come modificata dalla direttiva n. 2004/27, deve essere interpretato nel senso che, esclusi i casi di sostanze o composizioni destinate a stabilire una diagnosi medica, un prodotto non può essere considerato come medicinale ai sensi di tale disposizione quando, tenuto conto della sua composizione – compreso il dosaggio di sostanze attive – e in condizioni normali di uso, non è idoneo a ripristinare, correggere o modificare in modo significativo funzioni fisiologiche dell'uomo, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica.

III

Corte di giustizia

Sentenza del 5 marzo 2009 in causa n. C-88/07

Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2001/83/Ce come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce - Artt. 28 e 30 CE - Libera circolazione delle merci - Prodotti a base di piante medicinali - Nozione di «medicinale» - Autorizzazione all'immissione in commercio - Ostacolo - Inosservanza della procedura di informazione reciproca sulle misure che derogano alla libera circolazione delle merci - Violazione.

Il Regno di Spagna,

- disponendo il ritiro dal commercio di vari prodotti a base di piante medicinali legalmente fabbricati e/o commercializzati in un altro Stato membro, in ossequio ad una prassi amministrativa che consiste nel ritirare dal mercato tutti i prodotti contenenti piante medicinali non comprese né nell'allegato del decreto ministeriale 3 ottobre 1973, relativo all'istituzione del registro speciale dei preparati a base di specie vegetali medicinali (Orden Ministerial por la que se establece el registro especial para preparados a base de especies vegetales medicinales), come modificato, né nell'allegato del decreto del Ministero della Sanità e dei Consumi 28 gennaio 2004, SCO/190/2004, che stabilisce l'elenco delle piante la cui vendita al pubblico è vietata o limitata a motivo della loro tossicità (Orden SCO/190/2004 por la que se establece la lista de plantas cuya venta al público queda prohibida o restringida por razón de su toxicidad), e diversi dai preparati costituiti esclusivamente da una o più piante medicinali ovvero da parti intere, pezzi o polveri di queste ultime, e ciò a motivo del fatto che tali prodotti sono considerati come medicinali commercializzati senza la prescritta autorizzazione all'immissione in commercio, e

- omettendo di comunicare tale misura alla Commissione delle Comunità europee

è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 28 CE e 30 CE, nonché degli artt. 1 e 4 della decisione del Parlamento europeo e del Consiglio 13 dicembre 1995, n. 3052/95/Ce, che istituisce una procedura d'informazione reciproca sulle misure nazionali che derogano al principio di libera circolazione delle merci all'interno della Comunità.

IV

Corte di giustizia**Sentenza del 30 aprile 2009 in causa n. C-27/08**

BIOS Naturprodukte GmbH c. Saarland con l'intervento di: Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2001/83/Ce, art. 1, punto 2, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce - Nozione di «medicinale per funzione» - Dosaggio e condizioni normali di impiego del prodotto - Criteri di qualificazione di un prodotto come farmaco.

L'art. 1, punto 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/27/Ce, deve essere interpretato nel senso che un prodotto, il quale presenti nella sua composizione una sostanza avente effetti fisiologici se utilizzata in una certa dose, non costituisce un medicinale per funzione qualora esso, tenuto conto del suo contenuto di sostanze attive e in condizioni normali di impiego, comporti un rischio per la salute, senza tuttavia essere in grado di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche nell'essere umano.

LA NOZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE DI MEDICAMENTO IN AMBITO COMUNITARIO

Sommario: *Introduzione - 1. La nozione di medicinale: la direttiva n. 65/65/Cee e la giurisprudenza della Corte di giustizia - 2. La direttiva n. 2001/83/Ce - 3. Le recenti interpretazioni giurisprudenziali - 4. Conclusioni.*

Introduzione

Il medicamento, rappresentando uno degli strumenti atti a garantire la salute delle persone, riveste un interesse sicuramente non trascurabile per la politica sociale di uno Stato, come dimostrano anche le notevoli risorse economiche, sia pubbliche sia private, destinate ad assicurare alla popolazione l'accesso al farmaco¹. Il settore si evidenzia pertanto come un ambito importante dell'economia grazie alla sua continua espansione sia in termini di posti di lavoro sia sotto il profilo della diffusione dei prodotti tra i consumatori, rappresentando ormai la salute una delle principali preoccupazioni del cittadino². Pertanto, i legislatori nazionali, nel considerare l'organizzazione del sistema sanitario, hanno provveduto ad emanare disposizioni atte ad imporre, anche per i medicinali, *standard* di sicurezza che nel tempo sono diventati sempre più rigorosi, adeguando le norme di produzione, conservazione e commercializzazione al progresso delle conoscenze scientifiche.

A livello comunitario, pur riconoscendo ad ogni Stato membro il diritto di definire il grado di tutela della salute, non era possibile affidarsi alle sole

¹ La spesa farmaceutica territoriale pubblica e privata, esclusa quindi quella ospedaliera, ha raggiunto nel 2005 i 19,5 miliardi di euro (OSSERVATORIO NAZIONALE SULL'IMPIEGO DEI MEDICINALI, *L'uso dei farmaci in Italia - Rapporto nazionale anno 2005*, Ministero della salute, Roma, p. 11).

² Commissione delle Comunità europee, Rafforzare l'industria farmaceutica stabilita in Europa a vantaggio dei pazienti - Un invito ad agire, Com(2003)383 def., 1° luglio 2003, p. 4 («In Europa l'industria farmaceutica produce ricchezza ed occupazione di alta qualità, svolgendo contemporaneamente un ruolo centrale nella promozione della salute pubblica attraverso milioni di persone che assumono quotidianamente farmaci per proteggere e migliorare la propria salute»).

norme nazionali sul farmaco³ poiché la mancanza di armonizzazione avrebbe potuto limitare il mercato del medicinale al solo ambito locale suscitando anche timori e diffidenze nei consumatori. A questo proposito, si pensi al caso di un paziente che, richiedendo in un altro Stato membro il medicinale abitualmente acquistato nel Paese dove risiede, si sentisse rispondere che questo prodotto è un alimento o un cosmetico oppure che non viene più commercializzato da tempo in quanto giudicato dannoso alla salute⁴. Non si può, poi, trascurare il bisogno del consumatore di essere continuamente informato per acquisire sicurezza sull'efficacia e sull'innocuità del prodotto che intende utilizzare, in conseguenza del fatto che «[i] pazienti sono divenuti utilizzatori più responsabili e proattivi delle terapie [e] cercano di ottenere sempre più informazioni sulle malattie e sulle opzioni terapeutiche, compresi i medicinali»⁵.

La necessità di fornire informazioni scientificamente rigorose sui medicinali non ha influenzato la normativa sul medicamento esclusivamente all'interno dei confini comunitari. Infatti, l'obiettivo di promuovere la salute pubblica ha indotto la Comunità europea a stringere una serie di accordi di cooperazione sui farmaci con numerosi Paesi terzi (Stati Uniti, Canada, Giappone, India, Russia, Svizzera, Australia e Nuova Zelanda) allo scopo di favorire lo scambio di informazioni sulle proposte legislative e sulle linee guida tecniche. Tali obiettivi sono stati perseguiti attraverso la partecipazione ai lavori della *International Conference on Harmonisation* (ICH) e mediante la formalizzazione di gruppi di studio tra i quali si può ricordare, ad esempio, la *India-EC*

³ A questo proposito si considerino le «Conclusioni del Consiglio sul seguito della conferenza di Lisbona sui prodotti medicinali e la salute pubblica. Adozione da parte del Consiglio in data 29 giugno» (*Bollettino UE*, 6-2000, p. 102, par. 1.4.58), in cui si afferma che «[i]l Consiglio prende atto delle conclusioni dei lavori della conferenza europea sui prodotti medicinali e la salute pubblica svoltasi a Lisbona l'11 e il 12 aprile 2000 e sottolinea la costante necessità di regolamentare il settore farmaceutico, al livello nazionale o comunitario appropriato, al fine di conciliare gli obiettivi commerciali del settore privato e gli obiettivi sociali e di fare in modo che la politica adottata assicuri un accesso quanto più esteso possibile agli opportuni medicinali. Il Consiglio considera inoltre importante sviluppare basi di dati che forniscano ai professionisti della sanità nonché, ove opportuno, al pubblico informazioni indipendenti dall'industria, ad esempio sui farmaci generici, ed esorta la Commissione a sfruttare appieno, al momento di portare avanti la sua strategia nel settore sanitario, le potenzialità per un'azione comunitaria nel campo dei medicinali e della sanità pubblica e ad adoperarsi per un'azione destinata a promuovere la cooperazione e lo scambio di esperienze tra gli Stati membri, avvalendosi di tutte le possibilità d'azione previste dal trattato».

⁴ Un'affermazione di questo tenore è riportata in un'ordinanza del presidente del Tribunale di primo grado secondo la quale «la fiducia dei consumatori, dei medici e dei farmacisti verso un medicinale è particolarmente sensibile alle dichiarazioni secondo cui un certo medicinale può presentare dei rischi per la salute dei pazienti» (Presidente del Tribunale di primo grado, ordinanza del 5 settembre 2001 in causa n. T-74/00 R, *Artegodan GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, Procedimento sommario, *Raccolta*, 2001, II, p. 2367, par. 41).

⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente la relazione sulle attuali prassi in materia di comunicazione e di informazioni sui medicinali ai pazienti presentata conformemente all'art. 88 *bis* della direttiva n. 2001/83/Ce, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce che istituisce un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, Com(2007)862 def., 20 dicembre 2007, p. 3.

*Joint Working Group on Pharmaceuticals and Biotechnology*⁶.

Come precisato dalla Corte di giustizia, «le specialità medicinali sono oggetto di un insieme di direttive di armonizzazione che mirano a realizzare gradualmente la libera circolazione di tali prodotti nella Comunità, garantendo al tempo stesso la tutela della salute»⁷. La direttiva n. 65/65/Cee⁸ aveva segnato l'inizio di questo processo comunitario di armonizzazione nel campo dei medicinali. Infatti, la *ratio* alla base di questo atto comunitario, come chiaramente indicato nei *considerando*, si fondava sulla necessità di armonizzare le norme degli Stati membri sulla produzione e la commercializzazione dei farmaci, al fine di eliminare gli ostacoli normativi che, impedendo gli scambi dei medicinali all'interno della Comunità, potevano compromettere il funzionamento del mercato comune⁹. Nella citata direttiva, come pure in quelle successive sull'argomento, emerge, quindi, la consapevolezza della necessità di delineare un quadro normativo in grado di stimolare la competitività delle industrie farmaceutiche europee e di aprire il mercato interno ai loro prodotti senza i vincoli imposti dalle differenze presenti nelle legislazioni dei diversi Stati membri, pur nel rispetto del principio generale di preminenza della salute pubblica¹⁰.

Per questo motivo ed anche in considerazione degli aspetti tecnico-scientifici insiti nelle normative sul farmaco, la Corte sembra aver voluto limitare il proprio campo di intervento ricordando che «[t]rattandosi di un set-

⁶ <http://ec.europa.eu/enterprise/pharmaceuticals/international/intercoopbi.htm>.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 1993 in causa n. C-83/92, *Pierrel S.p.A. e altri c. Ministero della Sanità*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6419, par. 7.

⁸ Direttiva n. 65/65/Cee del Consiglio, del 26 gennaio 1965, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, in *Guce* n. 22 del 9 febbraio 1965, p. 369 ss.

⁹ «However, it must be pointed out that the free movement of medicinal products, as goods, is limited and distorted due to requirements by national authorities and price fixing by the Member States, which has produced the phenomenon of parallel imports. Therefore, at the moment [2006], one cannot talk of the free movement of medicinal products» (J. L. VALVERDE, *The European Union's policy on medicinal products*, in J. L. VALVERDE (ed.), *Responsibilities in the Efficient Use of Medical Products*, Amsterdam, IOS Press, 2006, p. 104). Le difficoltà frapposte alla libera circolazione dei medicinali erano già state in precedenza analizzate da A. GEDDES, *Free Movement of Pharmaceutical within the Community: The Remaining Barriers*, in *EL Rev.*, vol. 16, 1991, p. 265 ss. e da L. H. ORZAK - K. I. KAITIN e L. LASAGNA, *Pharmaceutical Regulation in the European Community: Barriers to Single Market Integration*, in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 17, 1992, p. 847 ss.

¹⁰ Ordinanza della Corte di giustizia del 12 luglio 1996 in causa n. C-180/96 R, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3903, par. 93; sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 1997 in causa n. C-183/95, *Affish BV c. Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4315, par. 43 e annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 181; sentenza del Tribunale di prima istanza del 26 novembre 2002 in cause riunite n. T-74/00, n. T-76/00, n. T-83/00, n. T-84/00, n. T-85/00, n. T-132/00, n. T-137/00 e n. T-141/00, *Artegodan GmbH e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 4945, par. 175 e annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 551; ordinanza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2001 in causa n. C-479/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Gerot Pharmazeutika GmbH*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3121, par. 44 e 100.

tore ove il legislatore comunitario è chiamato ad effettuare valutazioni complesse, il controllo giurisdizionale dell'esercizio della sua competenza deve limitarsi ad esaminare se esso non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere o se il legislatore non abbia manifestamente oltrepassato i limiti della sua discrezionalità»¹¹.

1. La nozione di medicinale: la direttiva n. 65/65/Cee e la giurisprudenza della Corte di giustizia

Il primo dei problemi da superare consisteva nella formulazione di una definizione condivisa di medicinale in grado di risolvere il diverbio «filosofico» che sussisteva intorno alla nozione di farmaco. Questa affermazione può sembrare strana in quanto tutti siamo convinti di conoscere, o meglio crediamo di conoscere, il significato del termine «medicinale», che associamo alla «pastiglia» cui affidiamo la risoluzione dei nostri problemi di salute. Non tutti, però, sono in grado di identificare con sicurezza se l'oggetto misterioso che il medico ci prescrive per soddisfare la nostra aspettativa di benessere appartenga ai medicinali oppure ad un'altra categoria di prodotto salutistico (integratore alimentare, alimento funzionale, cosmetico, ecc.), anche a causa dei messaggi pubblicitari che possono facilmente indurre in errore un consumatore poco esperto¹².

In questo quadro non può pertanto stupire la possibilità per una persona non competente di confondere un cosmetico con un medicamento, dal momento che il legislatore italiano per meglio specificare il significato di cosmetico, recependo nell'art. 1 della legge 11 ottobre 1986, n. 713¹³ la direttiva n. 76/768/Cee¹⁴, ha ritenuto opportuno puntualizzare che «si intendono per prodotti cosmetici le sostanze e le preparazioni diverse dai medicinali». In pratica, si ammette che non risulta facile per il consumatore medio evitare di cede-

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1998 in causa n. C-368/96, *The Queen c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968* (rappresentata dalla *The Medicines Control Agency*), ex parte *Generics (UK) Ltd, The Wellcome Foundation Ltd e Glaxo Operations UK Ltd e altri*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7967, par. 67. Lo stesso concetto si trova espresso, pur in altri termini, nella sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 1998 in causa n. C-127/95, *Norbrook Laboratories Ltd c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1531, par. 90.

¹² R. BRENNAN - B. CZARNECKA - S. DAHL - L. EAGLE e O. MOUROUTI, *Regulation of Nutrition and Health Claims in Advertising*, in *Journal of Advertising Research*, vol. 48, 2008, p. 57 ss. Già nel riassunto gli Autori anticipano le poco incoraggianti conclusioni del loro studio secondo le quali «[t]here is little reason to expect health-related claims in food advertising to become clearer to consumers as a result of the [EC] regulations».

¹³ Norme per l'attuazione delle direttive della Comunità economica europea sulla produzione e la vendita dei cosmetici, in *Guri* n. 253 del 30 ottobre 1986, *suppl. ord.*

¹⁴ Direttiva n. 76/768/Cee del Consiglio, del 27 luglio 1976, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative ai prodotti cosmetici, in *Guce* n. L 262 del 27 settembre 1976, p. 169 ss.

re alle lusinghe delle sirene del mercato e separare i differenti prodotti della salute, ormai parte integrante della realtà quotidiana, in base alla loro situazione amministrativa¹⁵. Analizzando il farmaco da questo punto di vista si apre una strada in cui le certezze sono poche, mentre le opinioni sembrano, incredibilmente, abbondare. Infatti, una domanda intesa ad ottenere una risposta atta a chiarire il momento in cui un promotore di benessere diventa un farmaco difficilmente otterrebbe una risposta valida ed inoppugnabile dal punto di vista scientifico¹⁶. L'azione di molte sostanze è infatti caratterizzata da continui e gradualmente cambiamenti in funzione della dose, della forma di somministrazione, della risposta individuale e delle circostanze in cui viene assunta. Stabilire il confine tra medicinale e prodotto salutistico può diventare quindi un esercizio a volte quasi artificiale qualora non sia stato prestabilito in modo chiaro e preciso il significato dei termini. La presenza di prodotti di confine ha di conseguenza comportato l'introduzione dei termini «nutraceutico» e «cosmeceutico», neologismi conati unendo i termini «nutrizione» e «cosmetica» con «farmaceutica», per riferirsi ad alimenti, o cosmetici, che hanno una funzione benefica sulla salute umana essendo in parte nutrienti, o cosmetici, ed in parte farmaci¹⁷. Tuttavia, questi termini non hanno un significato giuridico in quanto la normativa a livello europeo non riconosce tali categorie di prodotti, ma si limita ad individuare medicinali, cosmetici ed alimenti. L'esistenza dei prodotti di frontiera è tuttavia presente da tempo nel pensiero della giurisprudenza comunitaria, dal momento che è stata riconosciuta la «difficoltà di stabilire una linea di demarcazione precisa fra i medicinali e, ad esempio, i prodotti alimentari e cosmetici»¹⁸. In questa situazione di certezza solo

¹⁵ Nel tentativo di chiarire la differenza tra medicinale e prodotto salutistico si riporta un esempio reperito sul sito del Ministero della salute (<http://www.ministerosalute.it/cosmetici/paginaInterinaCosmetici.jsp?id=169&menu=vigilanza>): «I sali da bagno che sono usati per mitigare certe sensazioni di pesantezza o stanchezza delle gambe in genere non rientrano nella definizione di medicinale. Tuttavia i sali da bagno sono medicinali se presentati come trattamento/prevenzione dei citati sintomi considerati come di origine patologica e il prodotto è destinato a combattere questi sintomi. Analogo ragionamento si applica ai prodotti per la cura dei piedi». Questo esempio è altresì coerente con il quinto *considerando* della direttiva n. 76/768/Cee del Consiglio, *cit. supra*, nota 14, che recita: «considerando che la presente direttiva riguarda soltanto i prodotti cosmetici ad esclusione delle specialità farmaceutiche e medicinali; (...) che la presente direttiva non è applicabile ai prodotti che rientrano nella definizione di prodotto cosmetico ma che sono destinati esclusivamente alla prevenzione delle malattie».

¹⁶ P. COPPENS - L. DEMULLE - O. GULATI - D. RICHARDSON - M. RUTHSATZ - H. SIEVERS e S. SIDANI, *Use of Botanicals in Food Supplements. Regulatory Scope, Scientific Risk Assessment and Claim Substantiation*, *Annals of Nutrition and Metabolism*, vol. 50, 2006, p. 539.

¹⁷ Il termine «nutraceutico» fu originariamente definito come «[a] food or parts of food that provide medical or health benefits, including the prevention and/or treatment of disease» (S. L. DEFELICE, *The nutraceutical revolution, its impact on food industry research and development*, in *Trends in Food Science & Technology*, vol. 6, 1995, p. 59). Il termine «cosmeceutico» fu invece coniato per indicare «intermediate, broad-spectrum range of substances that consists of both drugs and cosmetics which justifies the fusion term cosmeceuticals» (A. KLIGMAN, *Cosmeceuticals: do we need a new category?*, in P. ELSNER - H. I. MAIBACK (eds.), *Cosmeceuticals. Drugs vs. Cosmetics*, New York, Marcel Dekker, 2000, p. 4).

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro del 16 gennaio 1991 in causa n. C-369/88,

apparente, diventa pertanto importante determinare quale sia il quadro normativo da applicare ad ogni specifico prodotto.

Non appare, quindi, logicamente ammissibile che la classificazione di un bene come medicinale o come altro prodotto salutistico sia lasciata ad una descrizione in base all'uso per cui se ne è decisa la commercializzazione. Infatti, il produttore potrebbe minimizzare nella presentazione l'esistenza di proprietà terapeutiche accertate o, al contrario, enfatizzare l'esistenza di doti curative non scientificamente provate¹⁹.

Al contrario, coerentemente con un'impostazione finalizzata ad una stretta regolamentazione della materia, l'art. 1, par. 2, della direttiva n. 65/65/Cee riporta la definizione di medicinale indicando che deve essere considerata tale «ogni sostanza o composizione presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane [... nonché] ogni sostanza o composizione da somministrare all'uomo allo scopo di stabilire una diagnosi medica o di ripristinare, correggere o modificare funzioni organiche dell'uomo»²⁰.

Questa nozione, che contiene una duplice definizione, è stata oggetto di

Procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1487, par. 7. La sentenza è annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 376.

¹⁹ Questo criticabile impianto sembra essere emerso durante la discussione tenuta nel 1935 al Senato degli Stati Uniti in occasione della revisione del *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act* nel momento in cui è stato sostenuto che «[t]he use to which the product is put will determine the category into which it will fall. If it is to be used only as a food it will come within the definition of food and none other. If it contains nutritive ingredients but is sold for drug use only, as clearly shown by the labelling and advertising, it will come within the definition of drug, but not that of food. If it is sold to be used both as a food and for the prevention or treatment of disease, it would satisfy both definitions and be subject to the substantive requirements for both. The manufacturer of the article, through his representations in connection with its sale, can determine the use to which the article is to be put. For example, the manufacturer of a laxative which is a medicated candy or chewing gum can bring his product within the definition of drug and escape that of food by representing the article fairly and unequivocally to be a drug product» (S. Rep. 361, 74 Cong., 1st Sess. (Dunn p. 240), citato da P. B. HUTT, *The Legal Distinction in the United States Between a Cosmetic and a Drug*, in P. ELSNER e H. I. MAIBACH (eds.), *Cosmeceutical. Drugs vs. Cosmetics*, cit. *supra*, nota 17, p. 225).

²⁰ La seconda parte di questa definizione corrisponde praticamente a quella contenuta nel *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act (FD&C Act)* del 1906, secondo cui un medicinale equivale a «any substance or mixture of substances intended to be used for the cure, mitigation, or prevention of diseases». Attualmente la definizione riportata nel FD&C Act [par. 201, punto (g) (1)] è molto più articolata, pur se nella sostanza simile a quella comunitaria: «The term "drug" means *A.* articles recognized in the official United States Pharmacopoeia, official Homoeopathic Pharmacopoeia of the United States, or official National Formulary, or any supplement to any of them; and *B.* articles intended for use in the diagnosis, cure, mitigation, treatment, or prevention of disease in man or other animals; and *C.* articles (other than food) intended to affect the structure or any function of the body of man or other animals; and *D.* articles intended for use as a component of any article specified in clause *A.*, *B.*, or *C.*». Si noti come secondo la definizione statunitense (punto *C.*), gli alimenti possano produrre effetti sulla struttura e sulle funzioni del corpo umano anche senza essere dei medicinali. Successivamente, nella stessa disposizione, vengono chiarite le condizioni in cui un «food, dietary ingredient, or dietary supplement» non può essere considerato un medicinale. Nonostante la maggior articolazione della nozione, anche la Corte Suprema e altre corti statunitensi hanno dovuto pronunciarsi sulla coerenza della classificazione di prodotti come medicamento [si veda ad esempio *United States v. Bacto-Unidisk*, 394 US 784 (1969); *United States v. Sudden Change, Hazel Bishop, Inc.*, 409 F.2d 734 (2nd Cir. 1969); *Nutrilab, Inc. v. Schweiker*, 713 F.2d 335 (7th Cir. 1983)].

critiche in quanto la verifica pratica della classificazione di un prodotto tra i medicinali appartiene più all'ambito tecnico-scientifico che a quello giuridico. La problematica viene esplicitata dall'Avvocato Generale Tesauro secondo il quale «riguardo alla prima definizione, la difficoltà consiste proprio nel fatto che il medicinale è definito – com'è ovvio – in funzione della malattia, ma quest'ultimo termine non è a sua volta definito. La seconda definizione, poi, è formulata in termini talmente ampi che, presa alla lettera, si può applicare tanto ai medicinali quanto agli alimenti, nonché ad alcuni cosmetici»²¹.

Con il termine «sostanza» viene ricompresa ogni materia prima, indipendentemente dalla sua origine umana (ad esempio derivati del sangue), animale (ad esempio microrganismi, estratti d'organo²², ecc.), vegetale (ad esempio piante o loro parti, estratti, ecc.) o chimica, anche se non ottenuta per via sintetica²³. Qualunque sia la natura della sostanza bisogna considerare che «la definizione di medicinale (...) non può essere interpretata in senso restrittivo, ma deve essere intesa in modo da includervi anche sostanze che non sono somministrate all'uomo o all'animale nello stato in cui si trovano, ma che, prodotte isolatamente, sono destinate ad essere utilizzate in miscela con altre sostanze, sia come semplici componenti, sia dopo una trasformazione chimica, o come sostanze vettrici»²⁴. La definizione non si limita, infine, ad abbracciare solo gli aspetti sostanziali, ma tiene in considerazione anche gli elementi formali, stabilendo che deve essere classificato come medicinale ogni prodotto a cui vengono attribuite proprietà curative o profilattiche.

Commentando questa disposizione, la Corte di giustizia ha da tempo stabilito che «il primo criterio, basato sulla presentazione del prodotto, mira ad ostacolare il ciarlatanesimo»²⁵, il secondo consente di riferirsi a tutte le sostanze

²¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 16 gennaio 1991 in causa n. C-369/88, procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, cit. *supra*, nota 18, par. 7.

²² «[U]n preparato organoterapeutico, presentato come dotato di proprietà curative di malattie umane, deve essere considerato rientrante nella nozione di prodotto farmaceutico» (Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1989 in causa n. 169/88, *Maurice Prelle c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1989, p. 4335, par. 22).

²³ Ad esempio secondo il Consiglio di Stato (sez. V, sentenza n. 6516 del 9 dicembre 2000) «l'ossigeno terapeutico (...) appare riconducibile, anche sotto i profili sostanziali, nella nozione di "farmaco" elaborata dalla scienza medica, trattandosi non soltanto di composto chimico che interferisce con i processi viventi, bensì nel significato più specifico di sostanza utilizzata nella prevenzione, diagnosi e trattamento delle malattie umane».

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 1986 in causa n. 35/85, *Procureur de la République c. Gérard Tissier*, in *Raccolta*, 1986, p. 1207, par. 26.

²⁵ Il termine «ciarlatanesimo» utilizzato dalla Corte appare rispecchiare l'opinione del giudice Clark [*Charles of the Ritz Distributors Corp. v. Federal Trade Commission*, 143 F.2d 676, p. 679 (2nd Cir. 1944)] secondo il quale le leggi (nello specifico il *Federal Trade Commission Act*) non sono «made for the protection of experts, but for the public - that vast multitude which includes the ignorant, the unthinking and the credulous». L'Avvocato Generale Tesauro (conclusioni del 22 settembre 1992, Procedimento penale a carico di *Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, causa n. C-219/91, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5485, par. 3) esprime il medesimo parere nel momento in cui definisce la norma «una difesa nei confronti dei ciarlatani».

che possono avere effetti sulla salute dell'uomo»²⁶. Esiste quindi «una definizione del medicinale "in base alla presentazione", e una definizione "in base alla funzione". Un prodotto è un medicinale se rientra in una di queste due definizioni»²⁷. Pertanto, la norma tende a salvaguardare il consumatore impedendo che egli venga curato con prodotti tossici, dannosi o del tutto inefficaci a svolgere la funzione di ripristinare le condizioni di salute²⁸. Questi presupposti risultano inoltre insiti nell'affermazione del presidente della Corte secondo il quale «la nozione stessa di tutela della sanità pubblica implica non solo che il medicinale di cui trattasi non sia nocivo, ma altresì che sia efficace»²⁹. Risulta quindi profondamente superata, non solo in senso cronologico, l'affermazione della Corte Suprema degli Stati Uniti che aveva stabilito come il *Food and Drug Act* (1906)³⁰ non intendesse considerare «all possible false statements, but only at such as determine the identity of the article», rendendo in questo modo lecita una falsa asserzione di efficacia nella cura dei tumori³¹.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 1991 in causa n. C-112/89, *Upjohn Company e NV Upjohn c. Farzoo Inc. e JAWMJ Kortmann*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1703, par. 13 e annotata in questa *Rivista*, 1991, p. 381.

²⁷ *Ibidem*, par. 15; sentenze della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-60/89, procedimento penale a carico di *Jean Monteil e Daniel Samanni*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1547, par. 11 e annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 373; del 21 marzo 1991 in causa n. C-369/88, procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1487, par. 15; dello stesso tenore sentenza del 28 ottobre 1992 in causa n. C-219/91, procedimento penale a carico di *Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, *cit. supra*, nota 25, par. 11. La giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla definizione di medicinali «per presentazione» o «per funzione» è stata utilizzata anche in Francia per respingere una serie di ricorsi che contestavano l'attribuzione della qualifica di medicinale ad una serie di prodotti assertivamente indicati come parafarmaceutici (Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, sentenza 22 febbraio 2000, *Beiersdorf*, in *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, Chambre civiles, 2000, IV, 34).

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1983 in causa n. 227/82, procedimento penale a carico di *Leendert van Bennekom*, in *Raccolta*, 1983, p. 3883, par. 17 e in questa *Rivista*, 1984, p. 450.

²⁹ Ordinanze del Presidente della Corte di giustizia, tutte emesse in data 11 aprile 2001, in causa n. C-459/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Laboratoires pharmaceutiques Trenker SA*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2823, par. 64; in causa n. C-471/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Cambridge Healthcare Supplies Ltd*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2865, par. 60; in causa n. C-474/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Bruno Farmaceutici SpA e altri*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2909, par. 62; in causa n. C-475/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Hänseler GmbH*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2953, par. 62; in causa n. C-476/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Schuck GmbH*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2995, par. 62; in causa n. C-477/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Laboratórios Roussel Lda e Laboratoires Roussel Diamant SARL*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3037, par. 62; in causa n. C-478/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Laboratórios Roussel Lda e Roussel Iberica SA*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3079, par. 62; in causa n. C-479/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Gerot Pharmazeutika GmbH*, *cit. supra*, nota 10, par. 57. Questa affermazione è stata successivamente riportata nell'ordinanza della Corte di giustizia del 14 febbraio 2002 in causa n. C-440/01 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Artégodan GmbH*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1489, par. 31.

³⁰ Secondo il *Food and Drug Act* del 1906 doveva essere considerato non conforme alla normativa un medicinale la cui etichetta avesse riportato «any statement (...) regarding such article, or the ingredients or substances contained therein which shall be false or misleading in any particular» (34 Stat. 760, 1906).

³¹ *United States v. Johnson*, 221 US 488, (1911); il frammento citato è riportato a p. 497. Le

Appare pertanto congruente con l'attuale impianto normativo il divieto di presentare come medicinale un prodotto le cui attività terapeutiche non siano state ufficialmente riconosciute o siano basate su evidenze di tipo non scientifico³², oppure di mettere in commercio un preparato contenente una sostanza medicinale senza la prescritta autorizzazione, anche se al momento della vendita non verrà presentato come farmaco. Infatti, «occorre ricordare anzitutto che le due definizioni del medicinale, cioè la definizione "per presentazione" e la definizione "per funzione", non possono essere considerate rigorosamente distinte. [...] Una sostanza che possiede "proprietà curative o profilattiche delle malattie umane o animali", ai sensi della prima definizione comunitaria, e che però non è "presentata" come tale, rientra in linea di massima nell'ambito di applicazione della seconda definizione comunitaria di medicinale»³³. Coerentemente con questa impostazione finalizzata a garantire al consumatore il diritto ad un'informazione corretta, non appare assolutamente sostenibile «che il divieto di divulgare informazioni sulle "inesistenti" (...) proprietà terapeutiche o profilattiche di un prodotto possa comportare una violazione dell'art. 10 della Convenzione europea [dei diritti dell'uomo], tanto più che lo stesso articolo prevede al n. 2 la possibilità di restrizioni alla libertà di espressione per motivi di protezione della salute pubblica»³⁴.

Tuttavia, come è stato da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza statunitense, il legislatore non ha inteso «to inhibit the dissemination of useful information concerning a food's physiological properties by subjecting food to drug regulation on the basis of representations in this regard»³⁵. Con queste parole, i giudici hanno implicitamente riconosciuto la possibilità di informare il pubblico sulle proprietà del caffè di aumentare lo stato di veglia e di attenzione o di un prodotto alimentare a base di prugne di regolare le funzioni intestinali senza che le indicazioni su tali effetti comportino la classificazione di questi alimenti tra i medicinali. Al contrario, la norma vuole ricomprendere tra i medicinali le sole

conclusioni a cui giunsero i giudici indussero il Congresso degli Stati Uniti a estendere la definizione di «misbranded drug» anche ai casi in cui «[a drug's] package or label shall bear or contain any statement (...) regarding the curative or therapeutic effect (...) which is false and fraudulent» (37 Stat. 417, 1912). In base a questa disposizione, alcuni anni più tardi, la Corte Suprema sanzionò l'immissione in commercio di un preparato a cui erano state attribuite le seguenti false indicazioni: «Effective as a preventative for Pneumonia» «We know it has cured and that it has and will cure Tuberculosis» (*Seven Cases v. United States*, 239 US 514, 1916).

³² Nel caso il prodotto vanti attività terapeutiche non possedute si potrebbe altresì integrare l'ipotesi di truffa ai sensi dell'art. 640 c.p.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 1992 in causa n. C-290/90, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3317, par. 14.

³⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 22 settembre 1992 in causa n. C-219/91, *Procedimento penale a carico di Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, cit. *supra*, nota 25, par. 6. Nella sentenza la Corte ha accolto il parere dell'Avvocato Generale sull'argomento ai par. 33-38.

³⁵ *American Health Products Co. v. Hayes*, 574 F. Supp. 1498, 1507 (S.D.N.Y. 1983).

sostanze alimentari che non vengono normalmente consumate a scopo nutrizionale, ma intendono influenzare una funzione organica³⁶.

Nella Comunità europea, il concetto di medicinale per presentazione è stato ampliato fino a ricomprendere tisane, simili per l'aspetto a prodotti alimentari, che, sebbene vendute al consumatore finale senza alcuna indicazione, potevano essere successivamente seguite, su richiesta dell'acquirente, da un opuscolo, in cui venivano attribuite al prodotto proprietà terapeutiche in realtà non esistenti³⁷.

Tuttavia, non può essere dimenticata la decisione di segno opposto della Corte in un caso in cui le era stato richiesto a quale regime fiscale dovesse essere sottoposto un tipo di «sigarette medicinali a base di erbe». Questi articoli, presentati come un ausilio adatto alla dissuefazione dal tabagismo, erano messi in commercio «come prodotti medicinali e [...] erano] percepit[i] come medicinal[i] dal consumatore mediamente informato»³⁸. Inoltre, queste sigarette erano accompagnate da un foglio di avvertenze autorizzato dall'ente non statale incaricato nei Paesi Bassi della sorveglianza e della pubblicità dei medicinali e dei prodotti per la salute. Nella sentenza, pur ricordando la definizione di medicinale per presentazione, non è stato ritenuto opportuno applicare le disposizioni sui medicinali per classificare il prodotto, nonostante i fatti riportati potessero dimostrare in modo incontrovertibile l'intenzione del produttore di conquistare la fiducia del consumatore vantando per dette sigarette proprietà terapeutiche nella lotta contro la dipendenza dal fumo. L'opinione secondo la quale «la funzione medica di siffatte sigarette non può essere dedotta soltanto dalla loro presentazione, dal loro modo di commercializzazione o dalla percezione che ne ha il pubblico [...] in quanto] sarebbe sufficiente cambiare la presentazione o il modo di commercializzazione di un prodotto [affinché ...] prodotti, del resto identici, [siano] soggetti a trattamenti differenziati per quanto riguarda l'accisa»³⁹ sembra dimenticare l'esistenza del medicinale per presentazione, la cui nozione è stata introdotta, come recentemente ricordato dall'Avvocato Generale Masák, allo scopo di «tutelare i consumatori da prodotti che non abbiano l'efficacia che essi potrebbero legittimamente attendersi»⁴⁰.

³⁶ *Nutrilab, Inc. v. Schweiker*, cit. supra, nota 20. La stessa opinione risulta contenuta nell'affermazione secondo cui i prodotti alimentari «non perdono per questo la loro qualità di alimenti, essendo comunque ingeriti a scopo nutrizionale; la loro utilizzazione prevalente resta cioè quella effettuata a scopi alimentari» (conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro del 16 gennaio 1991 in causa n. C-369/88, procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, cit. supra, nota 18, par. 9).

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1992 in causa n. C-219/91, procedimento penale a carico di *Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, cit. supra, nota 25, par. 32.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 30 marzo 2006 in causa n. C-495/04, *A. C. Smits-Koolhoven c. Staatssecretaris van Financiën*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3129, par. 27.

³⁹ *Ibidem*, par. 28.

⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Masák del 16 ottobre 2008 in causa n. C-88/07, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, par. 34.

Questa sentenza potrebbe lasciar trasparire la volontà di considerare come medicinali solo le sostanze dotate di un reale effetto terapeutico (medicinale per funzione), smentendo un'interpretazione precedente in cui si era ritenuto «che un prodotto [è] presentato come avente proprietà curative o profilattiche (...) non solo quando è espressamente "indicato" o "raccomandato" come tale (...) ma anche ogniqualvolta appare, anche implicitamente, ma con certezza, agli occhi del consumatore medio che tale prodotto (...) dovrebbe avere gli effetti descritti nella prima definizione comunitaria»⁴¹. Tuttavia, una simile intenzione non può essere imputata alla Corte. Risulta più probabile che le conclusioni dipendano dal fatto che i giudici si fossero concentrati sulla risoluzione del problema di natura fiscale di cui erano stati investiti, tralasciando di valutare l'aspetto riguardante l'eventuale classificazione del prodotto⁴². D'altra parte anche le autorità dei Paesi Bassi si erano focalizzate su un problema di finanza pubblica, trascurando di conseguenza l'applicazione delle norme comunitarie sui medicinali che avrebbero imposto il sequestro di dette sigarette in quanto esse, pur vantando proprietà terapeutiche, erano regolarmente in commercio sul mercato nazionale nonostante la mancanza dell'autorizzazione prescritta per i farmaci⁴³.

La valutazione della problematica sotto questo profilo rende attuale e pertinente la riflessione espressa nelle conclusioni relative a due diversi casi riguardanti i medicinali dall'Avvocato Generale Tesauro il quale non nascondeva il «sospetto che (...) in controversie di questo tipo il ruolo di protagoni-

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1983 in causa n. 227/82, procedimento penale a carico di *Leendert van Bennekom*, cit. *supra*, nota 28, par. 18. Tale dichiarazione della Corte è richiamata anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Van Gerven del 13 marzo 1992 in causa n. C-290/90, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3317, par. 3.

⁴² La sentenza *Smits-Koolhoven* ha dato origine ad un'interrogazione di un parlamentare europeo, in cui si è espressa l'opinione che «il concetto di "a fini medici" non si può (...) equiparare con leggerezza al concetto di "farmaco"», lamentandosi che, in base all'interpretazione della Corte, «solo i farmaci rientranti nell'ambito della direttiva n. 2001/83/Ce» avrebbero potuto godere di una tariffa fiscale agevolata (interrogazione scritta E-1298/07 del 14 marzo 2007 di J. Maaten alla Commissione, avente per oggetto «Accisa sulle sigarette alle erbe»). In questa interrogazione si riferiva anche che «[l]a deroga all'accisa sulle sigarette prevista (...) dalla direttiva sulle accise riguardava specialmente i tabacchi lavorati con funzione medica, quali quelli usati come ausilio per smettere di fumare o le vecchie sigarette per asmatici, per cui le deroghe erano state introdotte. (...) In alcuni Stati membri, per esempio nei Paesi Bassi, si afferma anche in maniera esplicita che in questo caso [delle sigarette medicinali] non si può trattare di farmaci».

⁴³ Si noti come successivamente, nell'ambito di una controversia che vedeva opposti i Paesi Bassi ad associazioni di pazienti e medici antroposofici, la Corte ha stabilito che anche i medicinali antroposofici, che utilizzano materie prime tratte dai regni della natura secondo un principio di affinità evolutiva, rientrano nella definizione di medicinale per presentazione, senza prendere in considerazione l'eventuale presenza di un effetto terapeutico scientificamente accertato (sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2007 in causa n. C-84/06, *Stato dei Paesi Bassi c. Antroposana, Patiëntenvereniging voor Antroposofische Gezondheidszorg e altri*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7609). Questa medicina alternativa fu fondata dal filosofo austriaco Rudolf Steiner e dal medico olandese Ita Wegman in base al concetto secondo cui l'uomo è costituito da quattro parti (corpo fisico, corpo eterico, corpo astrale e corpo egotico). La malattia insorge nel momento in cui avviene rottura dell'armonia esistente fra queste componenti.

sta sia giocato da Mercurio, dio del commercio, piuttosto che da Igea, dea della salute»⁴⁴.

2. La direttiva n. 2001/83/Ce

Alla direttiva n. 65/65/Cee si sono aggiunti numerosi altri atti comunitari aventi lo scopo di regolare ambiti più specifici del settore del medicamento; tra queste disposizioni possiamo ricordare la direttiva n. 75/319/Cee⁴⁵ che armonizzava le procedure di produzione dei medicinali, la direttiva n. 89/105/Cee⁴⁶ sulla determinazione del loro prezzo, la direttiva n. 91/356/Cee⁴⁷ che disciplinava le modalità di fabbricazione dei medicinali, la direttiva n.

⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro del 26 gennaio 1989 in causa n. 215/87, *Heinz Schumacher c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, in *Raccolta*, 1989, p. 617, par. 1 e conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro del 16 gennaio 1991 in causa n. C-60/89, *Procedimento penale a carico di Jean Monteil e Daniel Samanni*, *cit. supra*, nota 27, par. 1.

⁴⁵ Seconda direttiva n. 75/319/Cee del Consiglio, del 20 maggio 1975, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, in *Guce* n. L 147 del 9 giugno 1975, p. 13 ss.

⁴⁶ Direttiva n. 89/105/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988 riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia, in *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 8 ss. L'Avvocato Generale Tizzano (conclusioni del 31 maggio 2001 in causa n. C-424/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9285, par. 27) ha ricordato che «nella sentenza *Duphar* [sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1984 in causa n. 238/82, *Duphar BV e altri c. Stato olandese*, in *Raccolta*, 1984, p. 523], che ha per l'appunto ispirato l'adozione della direttiva [n. 89/105/Cee], (...) la Corte con riferimento ai criteri fissati da uno Stato membro per l'inclusione delle specialità medicinali rimborsabili in un apposito elenco limitativo ha chiaramente affermato che il diritto comunitario, nella specie l'art. 30 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 28 CE), esige che, per evitare ogni rischio di discriminazioni a danno dei prodotti importati, detti criteri siano obiettivi e controllabili». La scelta di una direttiva sui prezzi risulta quindi coerente con la visione secondo la quale «l'imposizione di controlli dei prezzi costituisc[e] effettivamente un fattore che può (...) falsare la concorrenza fra gli Stati membri [e] tale circostanza non può tuttavia giustificare una deroga al principio della libera circolazione delle merci. Infatti da una giurisprudenza costante risulta che si deve rimediare alle distorsioni causate da una diversa normativa sui prezzi in uno Stato membro con misure adottate dalle autorità comunitarie» (sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 1996 in cause riunite n. C-267/95 e n. C-268/95, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd e Merck Sharp & Dohme International Services BV c. Primecrown Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta e Necessity Supplies Ltd e Beecham Group plc c. Europharm of Worthing Ltd*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6285, par. 47). L'affermazione sembra indicare che la direttiva non ha raggiunto lo scopo prefissato come del resto ribadito dalla considerazione secondo cui «la Commissione mirerebbe espressamente (...) ad una armonizzazione dei prezzi dei medicinali, senza procedere ad una armonizzazione delle normative degli Stati membri, laddove proprio queste ultime sarebbero la causa delle differenze di prezzo» (sentenza della Corte di giustizia del 6 gennaio 2004 in cause riunite n. C-2/01 P e n. C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV e Commissione delle Comunità europee c. Bayer AG*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 23, par. 69). Sulla problematica del prezzo dei medicinali nell'Unione europea si rimanda a M. MRAZEK - E. MOSSIALOS, *Regulating pharmaceutical prices in the European Union*, in E. MOSSIALOS - M. MRAZEK e T. WALLEY (eds.), *Regulating pharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality*, Maidenhead, McGraw-Hill, 2004, p. 114 ss.

⁴⁷ Direttiva n. 91/356/Cee della Commissione, del 13 giugno 1991, che stabilisce i principi e le direttrici sulle buone prassi di fabbricazione dei medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 193 del 17 luglio 1991, p. 30 ss.

92/25/Cee⁴⁸ contenente le regole relative alla distribuzione all'ingrosso, la direttiva n. 92/27/Cee⁴⁹ riguardante l'etichettatura dei prodotti farmaceutici, e la direttiva n. 92/28/Cee⁵⁰ che emanava norme pubblicitarie comuni per i farmaci. Tali direttive contribuiscono a rendere il diritto farmaceutico uno dei diritti più armonizzati, se non il più armonizzato in assoluto, del corpo legislativo comunitario.

Questo quadro normativo, complesso quanto frammentato, si evolveva, approssimativamente in quarant'anni, raggiungendo, nelle intenzioni, il completo processo di armonizzazione mediante l'approvazione delle norme contenute nella direttiva n. 2001/83/Ce⁵¹ che istituisce il codice del farmaco per uso umano, cioè un corpo organico che racchiude al suo interno la maggior parte delle disposizioni relative al medicamento senza tuttavia apportare nessuna variazione sostanziale alla definizione di medicinale. La direttiva, come la precedente n. 65/65/Cee, subordina la commercializzazione di un medici-

⁴⁸ Direttiva n. 92/25/Cee del Consiglio, del 31 marzo 1992, riguardante la distribuzione all'ingrosso dei medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 113 del 30 aprile 1992, p. 1 ss.

⁴⁹ Direttiva n. 92/27/Cee del Consiglio, del 31 marzo 1992, concernente l'etichettatura ed il foglietto illustrativo dei medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 113 del 30 aprile 1992, p. 8 ss. «[L]e disposizioni comunitarie sull'etichettatura e l'imballaggio dei medicinali elencate dalla direttiva 92/27 mirano essenzialmente a garantire un elevato livello di tutela dei consumatori» (sentenza del Tribunale di primo grado del 3 luglio 2002 in causa n. T-179/00, *A. Menarini - Industrie Farmaceutiche Riunite Srl c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 2879, par. 30 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 756). Per quanto riguarda il foglietto illustrativo, la giurisprudenza spagnola aveva in precedenza riconosciuto «que el paciente y sus allegados, tienen derecho a ser advertidos en el prospecto de los riesgos de los medicamentos e incluso en un lenguaje entendible y veraz, porque ningún ciudadano está obligado a conocer términos científicos, como por ejemplo, extrapiramidal» (Juzgado de Primera Instancia n. 14 de Valencia, 20 de mayo de 1996). Occorre tuttavia ricordare che «la legislazione comunitaria stabilisce dal 1992 una chiara distinzione tra la pubblicità e l'informazione sui medicinali» [Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente la relazione sulle attuali prassi in materia di comunicazione e di informazioni sui medicinali ai pazienti, Com(2007)862 def., *cit. supra*, nota 5, p. 3, par. 1.1], pur non definendo il significato di ognuno di questi due termini. Nella risposta ad un'interrogazione del Parlamento europeo, il differente significato dei due termini viene chiarito specificando che «le informazioni servono l'interesse dei pazienti, mentre la pubblicità promuove la commercializzazione del prodotto e serve l'interesse dell'industria farmaceutica» (Risposta data dal signor Lii-kanen del 5 settembre 2002 all'interrogazione scritta E-2386/02 di B. Hortefeux avente per oggetto «Rischi connessi con la promozione diretta di taluni farmaci», in *Gu-Ue* n. 192 E del 14 agosto 2003, p. 60 ss.). Su tale distinzione si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 18 novembre 2008 in causa n. C-421/07, *Anklagemyndigheden c. Frede Damgaard*, non ancora pubblicate in *Raccolta*.

⁵⁰ Direttiva n. 92/28/Cee del Consiglio, del 31 marzo 1992, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 113 del 30 aprile 1992, p. 13 ss. L'art. 1, par. 3, (ora art. 86, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce) «intende per "pubblicità dei medicinali" qualsiasi azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali». La Corte di giustizia (sentenza dell'8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH c. Verband Sozialer Wettbewerb e.V.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9517), oltre ad aver affermato «che la direttiva n. 2001/83 ha ripreso le disposizioni della direttiva n. 92/28 senza modificarne il contenuto» (par. 61), ha dichiarato che «[u]n'armonizzazione completa delle norme in materia di pubblicità contribuisce all'eliminazione degli ostacoli agli scambi dei medicinali tra gli Stati membri, conformemente all'art. 95 CE» (par. 25).

⁵¹ 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, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss.

nale ad una serie dettagliata di esami chimico-farmaceutici, biologici, farmaco-tossicologici e clinici che garantiscono, a tutela della salute pubblica, il possesso di requisiti «relativ[i] all'efficacia, alla sicurezza e alla qualità del medicinale [da ottenersi in base a ...] valutazioni (...) soggette ad un sindacato giurisdizionale limitato»⁵². Queste caratteristiche sono indispensabili affinché un prodotto possa ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC)⁵³ da parte degli organi competenti dei singoli Stati membri, se limitata ad un ambito nazionale (procedura di mutuo riconoscimento⁵⁴, procedura decentralizzata e procedimenti nazionali), o della European Medicines Agency (EMA)⁵⁵, agenzia comunitaria deputata ad autorizzare, attraverso una procedura centralizzata, l'immissione in commercio dei medicinali in tutti gli Stati membri e quella dei preparati di alta tecnologia anche se, in quest'ultimo ca-

⁵² Ordinanza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2001 in causa n. C-479/00 P (R), *Commissione delle Comunità europee c. Gerot Pharmazeutika GmbH*, cit. *supra*, nota 10, par. 80-81.

⁵³ Si noti come le AIC nazionali, che rappresentano oltre l'80% delle autorizzazioni, sono rilasciate nel rispetto delle direttive, mentre le variazioni di tali autorizzazioni non sono attualmente soggette a norme comunitarie. Di questo parere il Tribunale di primo grado nella sentenza del 28 gennaio 2003 in causa n. T-147/00, *Les Laboratoires Servier c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 85. Per questo motivo la Commissione, dopo il rifiuto della Corte di sospendere l'esecuzione della sentenza (ordinanza del 20 giugno 2003) si è attivata per modificare la direttiva (Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive n. 2001/82/Ce e n. 2001/83/Ce per quanto concerne le variazioni dei termini delle autorizzazioni all'immissione in commercio dei medicinali, del 4 marzo 2008, Com(2008)123 def.). Per quanto riguarda la disciplina relativa al rilascio dell'AIC si rimanda a G. F. FERRARI, *Il diritto farmaceutico crocevia della giurisprudenza europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, p. 389 ss.

⁵⁴ Secondo una recente sentenza della Corte di giustizia «l'art. 28 della direttiva n. 2001/83 osta a che uno Stato membro, che abbia ricevuto una domanda di mutuo riconoscimento di un'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale per uso umano rilasciata da un altro Stato membro nell'ambito della procedura abbreviata di cui all'art. 10, n. 1, lett. a., sub iii., della medesima direttiva, respinga tale domanda in quanto il medicinale in questione non è essenzialmente analogo al medicinale di riferimento» (sentenza del 16 ottobre 2008 in causa n. C-452/06, *The Queen, su istanza di Synthon BV c. Licensing Authority of the Department of Health*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 33).

⁵⁵ L'EMA è stata istituita con il nome di Agenzia europea di valutazione dei medicinali dal regolamento (Cee) n. 2309/93 del Consiglio, del 22 luglio 1993, che stabilisce le procedure comunitarie per l'autorizzazione e la vigilanza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce un'Agenzia europea di valutazione dei medicinali, in *Guce* n. L 214 del 24 agosto 1993, p. 1 ss. Il nome dell'Agenzia è stato successivamente modificato dal regolamento (Ce) 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'Agenzia europea per i medicinali, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 1 ss. Il primo contributo dottrinale riguardante l'EMA può essere attribuito a J. S. GARDNER, *The European Agency for the Evaluation of Medicines and European Regulation of Pharmaceuticals*, in *European Law Journal*, vol. 2, 1996, p. 48 ss. Aggiornamenti sui più recenti sviluppi dei compiti dell'Agenzia possono essere reperiti in S. GARATTINI - V. BERTELE, *The role of the EMA in regulating pharmaceutical products*, in E. MOSSIALOS - M. MRAZEK e T. WALLEY (eds.), *Regulating pharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality*, cit. *supra*, nota 46, p. 80 ss.; si vedano inoltre J. C. HANSEN - T. J. LAETZ e M. W. FREEMAN, *European Union Drug Approval: Overview of New European Medicines Evaluation Agency and Approval Process*, in F. H. COLUMBUS (ed.), *European Economic and Political Issues*, vol. 6, 1999, New York, Nova Publishers, p. 139 ss. e M. T. SAN MIGUEL - E. VARGAS, *Drug Evaluation and Approval Process in the European Union*, in *Arthritis & Rheumatism*, vol. 55, 2006, p. 12 ss.

so, la commercializzazione sarà poi circoscritta ad uno solo Stato membro⁵⁶. Queste norme sembrano soddisfare la richiesta dell'Avvocato Generale Tesauro il quale sembrava rammaricarsi del fatto che la direttiva n. 65/65/Cee «non [avesse] ancora introdotto un meccanismo di autorizzazione comunitaria, né di reciproco riconoscimento delle autorizzazioni nazionali»⁵⁷.

La direttiva n. 2001/83/Ce e le modifiche apportate attraverso la successiva direttiva n. 2004/27/Ce⁵⁸ hanno solo lievemente ritoccato la definizione di medicinale per uso umano⁵⁹, lasciando inalterato il riferimento normativo relativo al medicinale «per presentazione» e specificando all'art. 1, par. 2, lett. b., che per medicinale «per funzione» si intende ogni sostanza o composizione in grado di ripristinare, correggere o modificare le funzioni fisiologiche (non più le funzioni organiche) nell'uomo «esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica». Questa specificazione stabilisce una linea di demarcazione tra il medicinale e il dispositivo medico, che svolge le proprie funzioni essenzialmente in modo meccanico senza interessare né un'azione farmacologica o immunologica, né coinvolgere processi di natura metabolica⁶⁰. Nello stesso tempo, l'inclusione dell'accenno al tipo di azione esercitata nella nuova definizione di medicinale risulta funzionale all'introduzione di nuove terapie (terapia genica e cellulare, radiofarmaci, ecc.) e allo sviluppo di prodotti «di frontiera» tra il settore dei medicinali ed altri settori che spesso sfuggono alle normative in vigore⁶¹. In considerazione della diffusione di questi prodotti, la direttiva n. 2004/27/Ce introduce all'art. 2, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce la disposizione secondo la quale, nei casi dubbi

⁵⁶ Si veda a questo proposito il Titolo III (immissione in commercio) della direttiva n. 2001/83/Ce, *cit. supra*, nota 51. La banca dati «Eudrapharm» (http://eudrapharm.eu/eudrapharm/eudrapharm_help.do) riporta l'elenco di tutti i prodotti medicinali per uso umano e veterinario autorizzati dall'EMA.

⁵⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 16 gennaio 1991 in causa n. C-369/88, procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, *cit. supra*, nota 18, par. 5.

⁵⁸ Direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss. Si noti come questo complesso quadro normativo sia soggetto a continue modifiche per rendere più sicuro l'accesso al farmaco e per contrastare più efficacemente i comportamenti fraudolenti. A tale riguardo si veda la recente risposta del Commissario europeo per le imprese e l'industria il quale anticipa come «la Commissione st[ia] preparando una proposta di modifica [del Codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano] allo scopo di reagire ai rischi collegati ai farmaci contraffatti che entrano nella catena di produzione legale e di colmare ogni possibile carenza nella legislazione» (Risposta data il 15 settembre 2008 da G. Verheugen a nome della Commissione all'interrogazione scritta E-3750/08 dell'8 luglio 2008 di C. Muscardini, S. Zappalà e R. Angelilli avente per oggetto «Farmaci contraffatti»).

⁵⁹ La definizione di medicinale e la successiva precisazione sono riprese, con le opportune modifiche, per i farmaci veterinari dalla direttiva n. 2004/28/Ce che modifica la direttiva n. 2001/82/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali veterinari, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 58 ss.

⁶⁰ Direttiva n. 93/42/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1993, concernente i dispositivi medici, in *Guce* n. L 169 del 12 luglio 1993, p. 1 ss.

⁶¹ Agenzia italiana del farmaco (AIFA), *Bollettino d'informazione sui farmaci, Codice comunitario sui medicinali: le novità*, vol. XII, 2005, p. 203.

in cui «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».

Questa «clausola di supremazia» del medicamento sui prodotti di frontiera risulta probabilmente coerente con il settimo *considerando* che ritiene necessario «evitare dubbi qualora un prodotto corrisponda pienamente alla definizione di medicinale, ma eventualmente anche alla definizione di altri prodotti regolamentati [e quindi ...] ai fini della certezza del diritto, precisare esplicitamente quali disposizioni devono essere rispettate». Tuttavia, detta clausola non sembra adattarsi, anzi sembra opporsi, all'affermazione presente nello stesso *considerando* secondo la quale «[q]ualora un prodotto rientri chiaramente nella definizione di altre categorie di prodotti (...) la presente direttiva non dovrebbe essere applicata». Secondo tale *considerando*, in caso di dubbio nella classificazione di un prodotto di frontiera, chiaramente assimilabile per le sue caratteristiche ad un prodotto salutistico, ma rientrante in parte anche tra i medicinali, dovrebbe risultare automatico il suo inserimento tra i preparati della salute, non tra i medicinali. Al contrario, la clausola di supremazia esige che questa norma sia valida solo nel caso in cui l'articolo sia esclusivamente corrispondente alla definizione di prodotto salutistico, senza poter essere ricompreso, anche se solo in parte, tra i medicinali. Una riflessione riguardante nella sostanza questa contraddizione della direttiva è stata rivolta, in sede di discussione parlamentare, al Commissario Liikanen secondo il quale «[s]ulla questione sollevata (...) riguardo il *considerando* 7, si tratta di un chiarimento della clausola inserita all'art. 2, par. 2; la disposizione contiene solo la formulazione giuridica della clausola. [...] I miei servizi discuteranno con tutte le parti interessate la corretta applicazione di questo punto»⁶².

La risposta del Commissario non appare estremamente convincente. La

⁶² Si ritiene utile riportare la domanda dell'on. Doyle al fine di agevolare la comprensione delle perplessità sollevate dalla risposta del Commissario su questo punto. «Sulla direttiva relativa ai medicinali per uso umano, sono state espresse preoccupazioni riferite alla possibilità che, con l'ampia definizione di medicinale e con la clausola di supremazia, i prodotti alimentari, gli integratori, i cosmetici e i dispositivi medici siano tutti classificati come farmaci. La soluzione della Commissione e del Consiglio a questo problema consiste nell'inserimento al considerando 7 – emendamento n. 60 – della seguente formula: "Qualora un prodotto rientri chiaramente nella definizione di altre categorie di prodotti (...) la presente direttiva non dovrebbe essere applicata", distinguendo così tra medicinali e altri prodotti. Il punto dolente di questa soluzione è che il considerando 7 non avrà alcun effetto giuridicamente vincolante. Tale considerando non sarà incluso neppure nella direttiva sui prodotti farmaceutici. Ho letto il parere di un esperto in ambito giuridico secondo cui, a meno che non sia modificata, la direttiva sui prodotti farmaceutici assumerà completamente la direttiva sugli integratori alimentari. Ho due domande specifiche al riguardo, alle quali la pregherei di rispondere, signor Commissario. Perché la Commissione e il Consiglio non hanno proposto che la formula del considerando 7 venisse inserita nell'articolo operativo della direttiva per garantirne l'effetto giuridico? Quale garanzia può dare la Commissione dell'efficacia di tale formula, anche se non è inserita in una parte operativa della direttiva, per affrontare il problema dei prodotti di frontiera?» (Discussione tenutasi il 16 dicembre 2003 al Parlamento europeo sul codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano).

scelta normativa sembra comportare l'obbligo nei casi dubbi di estendere il concetto di medicinale a numerosi altri prodotti fino a quel momento non inclusi in campo farmaceutico senza riconoscere, almeno in apparenza, la validità di una precedente affermazione della Corte che ammetteva l'esistenza di «sostanze che, nonostante abbiano un'influenza sul corpo umano, come taluni cosmetici, non hanno effetti significativi sul metabolismo e non modificano quindi, in realtà, le condizioni del suo funzionamento»⁶³. Infatti, la definizione inserita nella direttiva, a differenza di quanto precisato nella sentenza, non sembra considerare il fatto che molti principi attivi sono presenti in alimenti di uso comune (ad esempio la vitamina C negli agrumi). Tuttavia, la quantità giornaliera di vitamina C che può essere assunta con una dieta normale non risulta in grado di esercitare una significativa «azione farmacologica, immunologica o metabolica». Con riferimento ai prodotti vitaminici e alla direttiva n. 65/65/Cee, la Corte aveva risolto questa problematica sancendo che queste sostanze «non possono – come regola generale – essere considerate medicinali quando prese in piccola quantità»⁶⁴, arrivando a stabilire in tempi più recenti che anche una dose superiore al triplo di quella giornaliera raccomandata non poteva essere un indizio sufficiente per identificare il prodotto come medicinale per funzione⁶⁵. In quest'ultima sentenza, la Corte aveva concluso che l'eventuale classificazione dei prodotti vitaminici dovesse essere comunque subordinata ad un'attenta valutazione da effettuarsi sulla base delle conoscenze scientifiche, richiamando anche un suo precedente giudizio in cui aveva stabilito che l'aggiunta di vitamine a cibi e bevande doveva far riferimento alla problematica relativa agli additivi alimentari⁶⁶. Il problema dei prodotti alimentari arricchiti di sostanze nutritive (vitamine, minerali, amminoacidi) era stato risolto dalla Corte affermando che «la mancanza di un'esigenza nutrizionale non può, di per sé, giustificare un divieto, sulla base dell'art. 36 [ora art. 30] del Trattato, di commercializzare prodotti alimentari legittimamente fabbricati e/o commercializzati in altri Stati membri»⁶⁷, salvo nel caso in

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 1991 in causa n. C-112/89, *Upjohn Company e NV Upjohn c. Farzoo Inc. e JAWMJ Kortmann*, cit. supra, nota 26, par. 22.

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1983 in causa n. 227/82, procedimento penale a carico di *Leendert van Bennekom*, cit. supra, nota 28, par. 26.

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 in causa n. C-387/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3751, par. 62.

⁶⁶ *Ivi*, par. 32. In questo punto la Corte argomenta richiamando le motivazioni riportate nella sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1983 in causa n. 174/82, Procedimento penale a carico di *Sandoz BV*, in *Raccolta*, 1983, p. 2472 e in questa *Rivista*, 1984, p. 449.

⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 2004 in causa C-24/00, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1277, par. 64. In particolare, l'affermazione della Corte riguardava il divieto, contenuto nella legislazione francese, di commercializzare prodotti alimentari legittimamente fabbricati o commercializzati in altri Stati membri, ma il cui contenuto fosse arricchito da sostanze nutritive non autorizzate in Francia. Una delle argomentazioni utilizzate dal governo francese per giustificare la propria normativa era data dalla mancanza di un'esigenza nutrizionale dei consumatori, sostenendo come «la popolazione francese, nel-

cui tali beni costituiscano un rischio per la salute del consumatore.

Si deve inoltre tenere in considerazione che sostanze non certamente classificabili, e classificate, come medicinali (ad esempio le bevande alcoliche) potrebbero modificare o essere presentate come in grado di modificare le funzioni fisiologiche dell'organismo, soprattutto qualora vantassero alcune proprietà terapeutiche (digestivi). Basti ricordare come le autorità tedesche avessero vietato alcuni anni orsono la commercializzazione di un liquore austriaco a base di erbe, «Original Schwedenbitter», venduto liberamente nel suo Paese di origine, con il pretesto che, trattandosi di un medicinale, fosse necessario ottenere una specifica autorizzazione⁶⁸.

Ricomprensere all'interno dei medicinali anche i prodotti di frontiera, che rappresentano i casi «dubbi», tende ad ampliare *ab libitum* la nozione di «medicinale» senza essere in grado di porre quel confine netto tra farmaco e prodotto salutistico necessario ad evitare incertezze. In dottrina è stato sottolineato che la regola potrebbe essere utilizzata come pretesto per classificare un prodotto come medicinale anche in base ad evidenze scientifiche non completamente convincenti⁶⁹. Un simile modo di procedere potrebbe provocare l'erronea classificazione di un prodotto come medicinale ingenerando nel grande pubblico, di conseguenza, false aspettative e, nello stesso tempo, frapponendo ostacoli alla libera circolazione delle merci.

Da questa breve premessa appare indiscutibile che l'introduzione dell'art. 2, par. 2, ad opera della direttiva n. 2004/27/Ce comporti la necessità di puntualizzare il significato del termine «medicinale» a livello comunitario per delimitarne i confini, anche per i riflessi che la classificazione potrebbe avere in altri settori di pertinenza della Comunità oltre a quello farmaceutico⁷⁰. Per ri-

la stragrande maggioranza, ricev[esse] dalla sua alimentazione un apporto sufficiente per quanto riguarda la maggior parte delle vitamine» (*ibidem*, par. 58) e, di conseguenza, un'aggiunta di sostanze nutritive a tali prodotti alimentari potesse rivelarsi dannosa per la salute pubblica. Si vedano anche sentenza della Corte di giustizia del 23 settembre 2003 in causa n. C-192/01, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Danimarca*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9693 e sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2004 in causa n. C-41/02, *Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 11375.

⁶⁸ *Press Release*, Libera circolazione delle merci: la Commissione chiede alla Germania, all'Irlanda e all'Italia di abolire gli ostacoli, IP/02/999, 4 luglio 2002. Si noti come lo "Schwedenbitter", anche se non quello originale, sia inserito al n. 3719 nell'«Elenco fornito dalla Polonia, in un'unica versione linguistica, dei prodotti farmaceutici per i quali l'autorizzazione di immissione in commercio rilasciata in virtù della legislazione polacca anteriormente alla data di adesione rimarrà valida fino al relativo rinnovo conformemente all'acquis oppure, se precedente, fino al 31 dicembre 2008» (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 sui quali si fonda l'Unione europea - Allegato XII: Elenco di cui all'art. 24 dell'atto di adesione: Polonia - Appendice A, in *Gu-Ue* n. C 227 E del 23 settembre 2003, p. 919).

⁶⁹ F. KRAFT, *Klare Worte zur Zweifelsregelung*, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, vol. 33, 2006, p. 750.

⁷⁰ La Corte aveva respinto la richiesta dello *Hauptzollamt* (ufficio doganale principale) di applicare la tariffa doganale dei prodotti alimentari a due medicinali a base di vitamina C (sentenza

prendere l'esempio in precedenza riportato, potrebbe sorgere il dubbio se, alla luce dell'attuale normativa, cibi e bevande arricchiti in vitamine siano da classificare tra gli integratori alimentari o tra i medicinali superando le disposizioni della direttiva n. 2002/46/Ce⁷¹. L'opportunità di una maggior chiarezza in un settore di primaria importanza come quello del farmaco era stata fatta presente dal Ministero della salute italiano che, successivamente all'introduzione della direttiva n. 2001/83/Ce, aveva emanato una circolare⁷², limitata a prodotti di origine vegetale, per mettere in evidenza come «[l]a complessa situazione normativa (...) richied[a], ovviamente, un processo di chiarificazione interpretativa, da condursi a livello della Unione europea, che consenta un'agevole determinazione di quale normativa sia applicabile ai prodotti (...) che per loro natura non appartengono con chiarezza ad un determinato settore (cosiddetti prodotti *borderline*) per evitare intralci al mercato interno e prevenire lo sviluppo di aspetti contenziosi con il possibile coinvolgimento della Corte europea di giustizia»⁷³.

Per quanto riguarda la tematica affrontata dalla circolare, si può ricordare come la Commissione abbia risposto mediante una specifica direttiva che prevede una procedura di autorizzazione semplificata per quei medicinali vegetali tradizionali che, oltre ad altre caratteristiche, abbiano «dimostrato di non esse-

della Corte di giustizia del 10 dicembre 1998 in causa n. C-328/97, *Glob-Sped AG c. Hauptzollamt Lörrach*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 8357) e quella dello stesso tenore avanzata dalla direzione delle finanze nei riguardi di gocce di cratogo (sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 1993 in causa n. C-177/91, *Bioforce GmbH c. Oberfinanzdirektion München*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 45) e di gocce di echinacea (sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1997 in causa n. C-405/95, *Bioforce GmbH c. Oberfinanzdirektion München*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2581), nonostante questi medicinali avessero ricevuto l'AIC da parte della Repubblica federale tedesca. La Corte in tempi più recenti si è dovuta pronunciare anche sui cerotti a base di nicotina riconoscendone le caratteristiche di medicinali (ordinanza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2005 in causa n. C-206/03, *Commissioners of Customs & Excise c. SmithKline Beecham plc*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 415). Per motivi di completezza, si deve riportare anche un caso in cui il rilascio dell'AIC da parte delle autorità nazionali non ha permesso la classificazione, ai fini doganali, del prodotto tra i medicinali in quanto «[l]a nozione di prodotto farmaceutico di cui alla [nomenclatura combinata] è infatti diversa da quella di medicinale» (sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 1997 in causa n. C-201/96, *Laboratoires de thérapeutique moderne (LTM) c. Fonds d'intervention et de régularisation du marché du sucre (FIRS)*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6147, par. 24) oltre al fatto che «non è stato provato che [...] il medicamento] avesse uno specifico effetto terapeutico e, soprattutto, profilattico nettamente definito su funzioni precise dell'organismo umano» (*ibidem*, par. 45).

⁷¹ Direttiva n. 2002/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 giugno 2002, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli integratori alimentari, in *Guce* n. L 183 del 12 luglio 2002, p. 51 ss.

⁷² Ministero della Salute, circolare 25 novembre 2002, n. 25, Prodotti a base di piante e di derivati aventi finalità salutistiche, in *Guri* n. 312 del 27 dicembre 2004.

⁷³ La circolare ministeriale si riferisce almeno in parte ai lavori preparatori che portarono all'introduzione dell'art. 2, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce da parte della direttiva n. 2004/27/Ce. Si noti, qui di seguito, come sul coinvolgimento della Corte a causa di questo articolo esistano pareri discordanti rispetto a quello espresso dalla circolare. Infatti, durante la discussione del 16 dicembre 2003 al Parlamento europeo sul codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (*cit. supra*, nota 62), la relatrice Grossetête aveva dichiarato che «[l]a soppressione pura e semplice della cosiddetta clausola dei "prodotti di frontiera" non avrebbe risolto il problema e obbligherebbe ogni produttore a ricorrere ai tribunali, assoldando avvocati e attendendo una sentenza per mesi e mesi».

re nociv[i] nelle condizioni d'uso indicate [...] e presentino] effetti farmacologici o [...] di] efficacia [...] verosimili in base all'esperienza e all'impiego di lunga data»⁷⁴. In base ad una richiesta del Governo polacco, la definizione di prodotto tradizionale dovrebbe essere allargata in modo da ricomprendere alcune sostanze di derivazione vegetale o prodotti di origine animale o minerale la cui efficacia e innocuità sia ben documentata. In questo modo, potrebbero essere immessi sul mercato come medicinali tradizionali preparati contenenti boldina, caffeina, rutina, esculina, canfora, mentolo, timolo e cineolo o prodotti come il miele, la pappa reale, la propoli e l'olio di pesce⁷⁵.

Nonostante gli auspici del Ministero e l'approvazione della direttiva sui medicinali vegetali tradizionali, la Corte di giustizia è dovuta intervenire in alcuni casi evidenziando i limiti della definizione di medicinale e della clausola di supremazia. Gli interventi giurisprudenziali non possono rivelarsi inaspettati ad un osservatore attento alle problematiche dei prodotti della salute se si pensa, ad esempio, che la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di considerare «acqua minerale naturale» ai sensi della direttiva n. 80/777/Cee⁷⁶ un'acqua di sorgente priva di proprietà salutari⁷⁷, sebbene fosse già stato stabilito che «dal campo di applicazione della stessa direttiva siano escluse le acque curative e sia altresì vietato far riferimento a tali proprietà»⁷⁸.

3. Le recenti interpretazioni giurisprudenziali

In una delle sue ultime sentenze sull'argomento, la Corte ha sancito che «[a]i fini di poter stabilire se un prodotto vada qualificato come medicinale (...) ai sensi della normativa comunitaria, [...] si] deve decidere caso per caso,

⁷⁴ Art. 1 della direttiva n. 2004/24/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica, per quanto riguarda i medicinali vegetali tradizionali, la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 85 ss. La previsione di una procedura di registrazione semplificata per i medicinali tradizionali, introdotta dalla direttiva n. 2004/24/Ce, è attualmente inserita all'art. 16 *bis* della direttiva n. 2001/83/Ce.

⁷⁵ Joint answer given by Mr. Verheugen on behalf of the Commission, all'interrogazione scritta E-5006/07 di W. Tomczak del 12 ottobre 2007 avente per oggetto «Modifica della definizione dei medicinali tradizionali - direttiva n. 2004/24/Ce», in cui si riporta la «richiesta del 12 aprile 2007 dell'associazione dei rappresentanti delle imprese farmaceutiche polacche, e richiesta del 27 aprile 2007 del ministero della Salute», e all'interrogazione scritta P-5155/07 di U. Krupa del 15 ottobre 2007 avente per oggetto «Mancata risposta della Commissione alla richiesta del governo polacco concernente l'ampliamento del campo d'applicazione della direttiva n. 2004/24/Ce».

⁷⁶ Direttiva n. 80/777/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1980, in materia di ravvicinamento della legislazione degli Stati Membri sull'utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali naturali, in *Guce* n. L 229 del 30 agosto 1980, p. 1 ss.

⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 1997 in causa n. C-17/96, *Badische Erfrischungs-Getränke GmbH & Co. KG c. Land Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4617 e annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 734.

⁷⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesoro del 16 gennaio 1991 in causa n. C-369/88, procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, *cit. supra*, nota 18, par. 9.

tenendo conto di tutte le caratteristiche del prodotto tra le quali, in particolare, la composizione, le proprietà farmacologiche – quali possono essere stabilite allo stato attuale delle conoscenze scientifiche –, le modalità d'uso, l'ampiezza della sua diffusione, la conoscenza del preparato stesso da parte dei consumatori e i rischi che possono eventualmente derivare dalla sua utilizzazione»⁷⁹. In pratica, la Corte indica la necessità che i provvedimenti siano guidati dai risultati raggiunti dalla ricerca scientifica⁸⁰, che possono essere facilmente forniti dagli appositi comitati istituiti a livello nazionale o comunitario. Nell'indicare la necessità di fare riferimento a dati scientifici, la pronuncia non sottolinea, tuttavia, come in precedenti sentenze, che «i pareri (...) non sono vincolanti»⁸¹ o che «[n]essuna norma obbliga [gli Stati membri ...] a consultare i predetti comitati prima di adottare una decisione»⁸². Tale cambiamento potrebbe essere giustificato dalla convinzione di inconfutabilità del giudizio scientifico, in quanto gli organi tecnici, dovendosi conformare alle disposizioni introdotte per mezzo della direttiva, sono costretti in un ambito di valutazione rigorosamente oggettivo⁸³. Al fine di un'eventuale classificazione di un prodotto, la Corte tuttavia non si limita a ricordare i requisiti presenti o deducibili nella definizione comunitaria di medicinale (composizione, proprietà farmacologiche, modalità d'uso, rischi eventualmente derivabili dall'utilizzo),

⁷⁹ 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 e n. C-318/03, *HLH Warenvertriebs GmbH e Orthica BV c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5141, par. 30. Tale affermazione ribadisce il parere espresso dalla Corte in precedenti decisioni: si vedano sentenze della Corte di giustizia del 16 aprile 1991 in causa n. C-112/89, *Upjohn Company e NV Upjohn c. Farzoo Inc. e JAWMJ Kortmann*, cit. *supra*, nota 26, par. 23 e del 20 maggio 1992 in causa n. C-290/90, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, cit. *supra*, nota 33, par. 17.

⁸⁰ Il nesso esistente tra i risultati della ricerca scientifica e il farmaco era già stato messo in evidenza dalla Corte di giustizia (sentenza del 5 ottobre 1995 in causa n. C-440/93, *The Queen c. Licensing Authority of the Department of Health e Norgine Ltd, ex parte Scotia Pharmaceuticals*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2851, par. 25) secondo la quale «l'autorità nazionale competente al rilascio di un'autorizzazione di immissione in commercio sul mercato nazionale di una specialità medicinale non può rilasciare tale autorizzazione se le informazioni e i documenti presentati a sostegno di una domanda d'autorizzazione non contengono riferimenti particolareggiati alla letteratura scientifica pubblicata». La Corte Suprema degli Stati Uniti si era in precedenza dimostrata dello stesso avviso nella sentenza *Kordel v. United States*, 335 US 345, (1948), come traspare dall'affermazione secondo la quale «the drugs and the literature had a common origin and a common destination. The literature was used in the sale of the drugs. It explained their uses».

⁸¹ Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1985 in causa n. 247/84, procedimento penale a carico di *Léon Motte*, in *Raccolta*, 1985, p. 3887, par. 20.

⁸² Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-369/88, procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, cit. *supra*, nota 27, par. 32.

⁸³ A sostegno di questa affermazione si può riportare l'opinione dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer sulla direttiva n. 2001/83/Ce, anche se la considerazione è stata espressa commentando un caso riguardante la pubblicità di un medicinale. «Un'interpretazione basata sulla finalità della direttiva, sulla sua economia e sul tenore delle sue disposizioni, nonché sul fondamento normativo da essa assunto avvalorare la posizione secondo cui il sistema stabilito dalla direttiva non lascia margini per ulteriori iniziative se non per quelle espressamente contemplate» (conclusioni del 13 febbraio 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH c. Verband Sozialer Wettbewerb eV*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9517, par. 24).

ma introduce anche nuovi parametri quali l'ampiezza della diffusione del prodotto e la conoscenza del preparato da parte dei consumatori. Tali valutazioni possono non essere oggettivamente identiche in tutti gli Stati membri e, pertanto, lasciano al potere politico margini discrezionali tali da vanificare ogni tentativo di armonizzazione. A questo riguardo, si può ricordare un'interrogazione alla Commissione in cui si richiedeva il motivo per cui preparazioni a base di foglie essiccate di aglio orsino (aglio selvatico) erano considerate generi alimentari in Grecia, Olanda e Austria, mentre in Germania venivano classificate come medicinali⁸⁴. Nella risposta si ipotizzava che la diversa classificazione potesse dipendere dalla eventuale presenza sulla etichettatura di indicazioni terapeutiche atte a classificare alcuni prodotti come «medicinali per presentazione». Dopo la sentenza *Orthica*⁸⁵ si può rispondere che la diversa classificazione dipende dal grado di «conoscenza del preparato da parte dei consumatori» dei diversi Stati membri⁸⁶.

Addentrando in campo più prettamente scientifico, possono essere fatte altre considerazioni sulle argomentazioni della Corte. La sentenza *Orthica* stabilisce come la nozione di «azione farmacologica» debba intendersi ricompresa nell'espressione «proprietà farmacologica» utilizzata nella giurisprudenza della Corte, in quanto questi ultimi termini non risultano presenti nella direttiva n. 2001/83/Ce (par. 43). Il parallelismo potrebbe apparire logico in quanto un'azione farmacologica può essere svolta solo da una sostanza avente delle proprietà farmacologiche. Tuttavia, anche in questo caso non viene minimamente accennato che, nonostante una sostanza possieda delle indubbie «proprietà farmacologiche» intrinseche, l'azione farmacologica non si può palesare in base alla somministrazione di una quantità inferiore a quella mi-

⁸⁴ Interrogazione scritta E-3087/98 del 16 ottobre 1998 alla Commissione avente per oggetto «Classificazione dell'aglio orsino e dei prodotti da esso ottenuti» di H. Breyer, in *Guce* n. C 142 del 21 maggio 1999, p. 82. Nella risposta data dal signor Bangemann a nome della Commissione (*ivi*, p. 83), dopo aver riportato la definizione di «medicinale per presentazione» di cui all'art. 1 della direttiva n. 65/65/Cee, si ricordava che «se (...) sull'etichetta di un prodotto contenente aglio orsino sono presenti indicazioni terapeutiche, tale prodotto deve essere considerato un medicinale, mentre lo stesso può essere legalmente commercializzato come alimento se le suddette indicazioni non sono presenti», concludendo che questa differenza «potrebbe essere una conseguenza della situazione giuridica sopraindicata».

⁸⁵ 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 e n. C-318/03, *HLH Warenvertriebs GmbH e Orthica BV c. Bundesrepublik Deutschland*, *cit. supra*, nota 79.

⁸⁶ In Germania, i prodotti contenenti aglio in capsule sono stati classificati come «medicinali» in base ad una sentenza del *Bundesgerichtshof* (BGH I ZR 209/92 del 19 gennaio 1995), che ha modificato la classificazione di integratore alimentare attribuita a questi prodotti da una sentenza del *Landesgericht* Düsseldorf del 4 novembre 1992. Secondo la sentenza del BGH il consumatore non assumerebbe il prodotto per scopi nutrizionali, ma al fine di prevenire l'insorgere dell'arteriosclerosi («In Blisterstreifen abgepackte Gelatinekapseln, die ein Knoblauchöl-Mazerat enthalten, sind ein Arzneimittel, dessen Verkauf ohne die nach § 21 AMG vorgeschriebene Zulassung gegen § 1 UWG verstößt»). Per approfondimenti si veda M. D. FORSTMANN, *Arzneimittel, deren Verkauf ohne die nach § 21 AMG vorgeschriebene Zulassung gegen § 1 UWG verstößt; Urteilsanmerkung*, in *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, vol. 22, 1995, p. 432 ss.

nima necessaria per raggiungere l'effetto (dose minima efficace). Nella stessa sentenza, la Corte ha anche sancito che «l'espressione "funzioni fisiologiche" corrisponde all'espressione "funzioni organiche", di cui all'art. 1, n. 2, secondo comma, della direttiva n. 65/65», giustificando questa deduzione in base al fatto che il primo *considerando* si proponeva di procedere ad una codificazione «a fini di chiarezza e razionalizzazione» (par. 50). Anche questa seconda affermazione sembra solo in apparenza condivisibile. Infatti «l'espressione "funzioni fisiologiche" corrisponde all'espressione "funzioni organiche"» è sicuramente ineccepibile nel caso in cui si consideri una funzione svolta da un organo del corpo, ad esempio fegato, stomaco, cuore. Il dolore fisico provocato da un evento patologico o traumatico è l'evidenza di un'alterazione delle funzioni fisiologiche dell'organo interessato, mentre il dolore causato da un evento non gradito (lutti, delusioni sentimentali, ecc.) produce un senso di malessere generale in funzione di esperienze maturate nella sfera personale senza trovare riscontri oggettivi nell'alterazione funzionale di organi del corpo umano. Di conseguenza, l'interpretazione della Corte, se portata all'estremo, potrebbe portare ad esempio a considerare non disciplinati dalla normativa i medicinali antidepressivi che non agiscono a livello di funzioni organiche ben definite pur contribuendo al ripristino delle condizioni fisiologiche di un individuo. Inoltre, come ha ricordato più di recente la Corte, «l'effetto fisiologico non è peculiare dei medicinali, ma fa parte altresì dei criteri utilizzati per la definizione di integratore alimentare»⁸⁷.

Nella sentenza *Orthica* riveste probabilmente un maggior interesse giuridico il punto in cui viene affermato che, in base all'attuale art. 2, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce, a «un prodotto che soddisfi sia i requisiti per essere una derrata alimentare sia quelli per essere un medicinale si applicano le sole disposizioni di diritto comunitario specificamente concernenti i medicinali»⁸⁸. Si noti come la Corte ritenga necessario considerare "medicinale" un prodotto che risponda alle caratteristiche di questa categoria attenendosi alla lettera dell'art. 2, par. 2, della direttiva, senza considerare il testo del settimo *considerando* che sembra imporre tale classificazione solo «[q]ualora un prodotto [non] rientri chiaramente nella definizione di altre categorie di prodotti». Dunque, il settimo *considerando* «non [...] ha] alcun effetto giuridicamente vincolante», come paventato durante la discussione parlamentare della direttiva⁸⁹ e come, d'altra parte, risulta chiaro in base alla giurisprudenza consolidata della

⁸⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2009 in causa n. C-140/07, *Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 34.

⁸⁸ 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 e n. C-318/03, *HLH Warenvertriebs GmbH e Orthica BV c. Bundesrepublik Deutschland*, cit. *supra*, nota 79, par. 43.

⁸⁹ Cfr. la discussione tenutasi il 16 dicembre 2003 al Parlamento europeo sul codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, cit. *supra*, nota 62.

Corte⁹⁰. In questo modo, la Corte pone le basi per evitare di classificare come «medicinale» uno dei preparati, che conteneva microrganismi responsabili della fermentazione acida del latte necessaria ad ottenere lo yogurt, per il quale le disposizioni vigenti in Italia impongono la presenza di microrganismi allo stato vitale in quantità elevata fino alla data di validità del prodotto⁹¹.

Tuttavia, la Corte conclude in modo salomonico che «[s]petta al giudice del rinvio procedere alla qualificazione dei prodotti (...) alla luce degli elementi interpretativi esposti dalla Corte». In sintesi, i giudici di Lussemburgo ritengono che i tribunali nazionali devono classificare un determinato prodotto sulla base delle sue proprietà farmacologiche, della via di somministrazione, della conoscenza del consumatore, ecc. In questo modo si ribadisce che nessuna sostanza può essere giudicata un medicinale «per funzione» senza prendere in considerazione tutte le caratteristiche del prodotto in cui è contenuto. In base a questa prescrizione, l'*Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* (OVG) che aveva investito del problema la Corte in via pregiudiziale, raggiunge un risultato che permette di stabilire come i lactobacilli in questione fossero classificabili come integratori alimentari⁹², nonostante la lettera dell'art. 2, par. 2, della direttiva sembrasse indirizzare la risoluzione della problematica nella direzione diametralmente opposta. Nella pronuncia in seguito al ricorso per cassazione (*Revision*), il *Bundesverwaltungsgericht* ha confermato l'impostazione dell'OVG stabilendo, come riportato in massima, che l'utilizzo di un prodotto influisce sulle funzioni fisiologiche ai sensi della definizione comunitaria di farmaco solo quando produce una rilevante modificazione delle funzioni organiche⁹³.

⁹⁰ Si vedano sentenze della Corte di giustizia del 19 novembre 1998 in causa n. C-162/97, Procedimento penale a carico di *Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren e Solweig Arrborn*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7477, par. 54 e del 12 maggio 2005 in causa n. C-444/03, *Meta Fackler KG c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3913, par. 25.

⁹¹ Circolari del Ministero della Sanità n. 2 del 4 gennaio 1972, n. 40 del 12 marzo 1974 e n. 9 del 3 febbraio 1986.

⁹² OVG Münster 13 A 1977/02, sentenza 17 marzo 2006.

⁹³ BVerwG 3 C 23.06, 25. Juli 2007 («Die Anwendung eines Produkts beeinflusst die physiologischen Funktionen des menschlichen Körpers im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Arzneimitteldefinition nur, wenn sie zu einer erheblichen Veränderung der Funktionsbedingungen des Organismus führt und Wirkungen hervorruft, die außerhalb der normalen im menschlichen Körper ablaufenden Lebensvorgänge liegen»). Nella stessa data, la Corte ha emanato altre due sentenze, in cui riportando la stessa massima, ha classificato tra gli «integratori alimentari» un preparato a base di bioflavonoli (BVerwG 3 C 21.06) e un prodotto a base di vitamina E (BVerwG 3 C 22.06). Queste sentenze sembrano porre fine all'incoerenza di precedenti pronunce per le quali il *Bundesgerichtshof* non aveva ritenuto necessario adire la Corte di giustizia ritenendo la definizione comunitaria di medicinale sufficientemente chiara da permettere di ricomprendere ogni sostanza avente un effetto sul funzionamento dell'organismo. Si vedano ad esempio le sentenze BGH I ZR 273/99 (11 luglio 2002), in cui furono classificati come medicinali dei prodotti per alimentazione degli sportivi reclamizzati come capaci di modellare i muscoli, e BGH I ZR 34/01 (11 luglio 2001) che, confermando una precedente decisione (BGH I 97/98, 10 febbraio 2000), stabilì che capsule contenenti 500 mg di L-carnitina dovessero essere classificate come alimenti, mentre nella sentenza KG 5 U 74/02 (24 settembre 2002) capsule contenenti 1000 mg di L-carnitina e 180 mg di vitamina C sono state classificate come farmaci in base alla dichiarazione di un esperto che attribui al preparato un effetto farma-

Continuando nella valutazione della sentenza *Orthica*, si ritrova un'affermazione abbastanza sconcertante nell'ottica secondo la quale la *ratio* dell'armonizzazione è alla base delle direttive riguardanti i farmaci: «un prodotto che costituisce un medicinale ai sensi della direttiva n. 2001/83 può essere importato in un altro Stato membro solo mediante l'ottenimento di un'AIC rilasciata conformemente alle disposizioni della detta direttiva, anche quando il prodotto sia legittimamente commercializzato in un altro Stato membro come prodotto alimentare»⁹⁴. Ora, dovrebbe apparire palese che uno stesso bene non può costituire un medicinale in uno Stato membro ed un prodotto alimentare in un secondo Stato membro, in quanto dovrebbe essere stato classificato ai sensi di una definizione comune e di criteri condivisi. Dichiarare che «è tuttora possibile che sussistano differenze fra gli Stati membri nella qualificazione dei prodotti come medicinali ovvero come alimenti»⁹⁵ significa ammettere che lo scopo di armonizzazione perseguito dalla direttiva è fallito, forse anche perché non esiste un'interpretazione univoca della nozione di farmaco. Infatti, una simile affermazione presuppone che gli organi tecnico-scientifici dei singoli Stati membri possano classificare il medesimo prodotto in modo diametralmente opposto, pur basandosi sugli stessi dati scientifici e nel rispetto di un'identica normativa.

In questa sentenza la Corte sembra aver accettato le argomentazioni proposte dell'Avvocato Generale Geelhoed il quale, tuttavia, si dichiarava favorevole a circoscrivere la nozione di medicinale, riferendo i motivi per cui ne riteneva controproducente l'allargamento⁹⁶. Nelle conclusioni, infatti, si accennava innanzitutto al fatto che il concetto di medicamento avrebbe perso qualsiasi significato se al suo interno fossero stati inclusi prodotti che non avessero nessun valido motivo di esservi compresi; in secondo luogo alcune normative comunitarie (l'Avvocato Generale si riferisce «al regolamento n. 258/97 sui nuovi prodotti e i nuovi ingredienti alimentari, e alla direttiva n. 2002/46 sugli integratori alimentari») non avrebbero motivo di esistere se tutti i prodotti dovessero essere ricompresi nella nozione di medicinali; in ulti-

cologico. Al contrario «[i]l governo francese ritiene [che] i prodotti contenenti L-carnitina in dosi elevate (...) sarebbero integratori alimentari» (sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 2000 in causa n. C-107/97, Procedimento penale a carico di *Max Rombi e Arkopharma SA*, civilmente responsabile, con l'intervento di: *Union fédérale des consommateurs «Que Choisir?»* e *Organisation générale des consommateurs (Orgeco)*, *Union départementale O6*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3367, par. 21). Quest'ultima sentenza non tratta della problematica relativa alla classificazione della carnitina tra i medicinali o tra i prodotti alimentari, ma verte sulla compatibilità con la normativa comunitaria di una legge francese che vietava l'aggiunta della carnitina ai normali alimenti.

⁹⁴ 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 e n. C-318/03, *HLH Warenvertriebs GmbH e Orthica BV c. Bundesrepublik Deutschland*, cit. *supra*, nota 79, par. 60.

⁹⁵ *Ivi*, par. 56.

⁹⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed del 3 febbraio 2005 in cause riunite n. C-211/03, n. C-299/03, n. C-316/03, n. C-317/03 e n. C-318/03, *HLH Warenvertriebs GmbH e Orthica BV c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5141, par. 36.

mo, l'inclusione tra i medicinali di prodotti di frontiera, e quindi non pienamente riferibili alla categoria dei medicinali, avrebbe provocato conseguenze negative sulla libera circolazione delle merci.

La nozione ampia di medicinale che sembra affacciarsi almeno nelle argomentazioni di questa sentenza non viene tuttavia ribadita dalla Corte in una sua più recente decisione⁹⁷. Il contenzioso verteva sulla classificazione di un prodotto industriale di importazione a base di aglio liofilizzato in capsule, ciascuna delle quali conteneva «370 mg di polvere d'estratto d'aglio, il cui contenuto di allicina sarebbe compreso tra lo 0,95% e l'1,05%, vale a dire l'equivalente di 7,4 g d'aglio crudo fresco»⁹⁸. La Repubblica federale tedesca aveva subordinato l'importazione e la commercializzazione di tali capsule al rilascio dell'AIC considerandole un medicamento, nonostante fosse legalmente commercializzato quale integratore alimentare in altri Stati membri. La pretesa tedesca può a prima vista apparire conforme alla sentenza *Orthica* sopra citata («un medicinale ai sensi della direttiva n. 2001/83 può essere importato in un altro Stato membro solo mediante l'ottenimento di un'AIC (...), anche quando (...) sia legittimamente commercializzato in un altro Stato membro come prodotto alimentare»). La Corte, anche se con altre parole, riafferma il proprio parere circa l'inadeguatezza dell'attuale normativa a garantire una classificazione univoca di una sostanza («è difficile evitare, finché l'armonizzazione dei provvedimenti necessari a garantire la tutela della salute non sarà più completa, che sussistano differenze fra gli Stati membri nella qualificazione dei prodotti come medicinali ovvero come alimenti»)⁹⁹. Partendo da questo presupposto, la Corte chiarisce, con il contributo dell'Avvocato Generale, come numerosi prodotti alimentari possano essere utilizzati come farmaci¹⁰⁰. Di conseguenza i giudici di Lussemburgo stabiliscono che l'identificazione del prodotto in esame con un farmaco non corrisponde ai criteri del codice comunitario in quanto esso non rientra né nella definizione di

⁹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2007 in causa n. C-319/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9811. Su tale pronuncia si veda il commento di F. CAPELLI, *L'aglio è un alimento o un farmaco?*, in *Alimenta*, 2009, p. 153 ss.

⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2007 in causa n. C-319/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, *loc. cit.*, par. 12.

⁹⁹ *Ivi*, par. 37. Tale concetto ribadisce l'opinione espressa dalla Corte sull'argomento nel periodo in cui non era tuttavia ancora in vigore la direttiva n. 2001/83/Ce. Si vedano inoltre sentenze della Corte di giustizia del 6 novembre 1997 in causa n. C-201/96, *Laboratoires de thérapeutique moderne (LTM) c. Fonds d'intervention et de régularisation du marché du sucre (FIRS)*, *cit. supra*, nota 70, par. 24; del 12 marzo 1998 in causa n. C-270/96, *Laboratoires Sarget SA c. Fonds d'intervention et de régularisation du marché du sucre (FIRS)*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1121, par. 23 nonché del 29 aprile 2004 in causa n. C-150/00, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3887, par. 59.

¹⁰⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 21 giugno 2007 in causa n. C-319/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9811, par. 60.

medicinale «per presentazione» né in quella «per funzione». Infatti, il prodotto non era stato presentato come avente capacità curative. Pertanto, il suo confezionamento in capsule¹⁰¹ non può costituire un'evidenza atta a stabilire in modo inequivocabile la volontà del produttore di presentare il prodotto come medicinale, in quanto la capsula non è utilizzata esclusivamente per i medicinali, ma trova impiego anche in campo alimentare. Nonostante siano attribuite all'aglio proprietà benefiche¹⁰², la «incidenza [di queste capsule] sulle funzioni fisiologiche non supera gli effetti che un alimento consumato in quantità ragionevole può avere su tali funzioni, non ha alcun effetto significativo sul metabolismo e non può pertanto essere qualificato come prodotto idoneo a ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche»¹⁰³.

Tale conclusione appare ineccepibile, essendo il concetto di dose-effetto, sinteticamente espresso dalla pronuncia, il cardine di tutte le terapie farmacologiche accettate dalla medicina allopatica.

L'importanza dell'affermazione supera il caso in esame; con essa, infatti, la Corte si muove nella direzione di aprire la strada interpretativa ad un'analisi oggettiva da cui potrebbe scaturire una formulazione sufficientemente chiara della nozione di medicinale. La sentenza potrebbe spronare la Commissione ad attivarsi al fine di modificare la definizione soddisfacendo sia l'esigenza primaria di salvaguardare la salute pubblica che le necessità di sviluppare il mercato interno, come nelle premesse delle direttive sui medicinali.

Nel caso in questione, dopo aver stabilito che il prodotto non era un medicinale, la Corte ha evidenziato come la pretesa della Germania di subordinare la commercializzazione delle capsule d'aglio all'AIC avesse introdotto un ostacolo arbitrario alla libera circolazione delle merci, garantita dall'art. 28 CE. Tale restrizione non appariva conforme al principio di proporzionalità, in quanto gli eventuali pericoli che la salute pubblica avrebbe potuto eventualmente correre in seguito alla commercializzazione del prodotto non erano tali da giustificare l'applicazione dell'art. 30 CE, che può essere invocato solo sulla base di una valutazione approfondita del rischio asserito.

Di recente la Corte è stata chiamata ad intervenire ulteriormente nel dibattito

¹⁰¹ La direttiva n. 2002/46/CE, *cit. supra*, nota 71, definisce gli integratori alimentari «come i prodotti alimentari destinati ad integrare la dieta normale (...) in forme di commercializzazione quali capsule, pastiglie, compresse, pillole e simili, polveri in bustina, liquidi contenuti in fiale, flaconi a contagocce e altre forme simili, di liquidi e polveri» [art. 2, lett. a.]. Inoltre la Corte aveva già in precedenza stabilito che non si può considerare determinante la forma esterna del prodotto «se non si vogliono comprendere taluni prodotti alimentari tradizionalmente presentati in forme analoghe a quelle di prodotti medicinali» (sentenze della Corte di giustizia del 30 novembre 1983 in causa n. 227/82, Procedimento penale a carico di *Leendert van Bennekom*, *cit. supra*, nota 28, par. 19 e del 21 marzo 1991 in causa n. C-369/88, Procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, *cit. supra*, nota 27, par. 38).

¹⁰² Si veda a questo proposito: World Health Organization (WHO), *Allii Sativi Bulbus*, WHO Monographs on Selected Medicinal Plants, vol. 1, Geneva, World Health Organization, 1999, p. 5 ss.

¹⁰³ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2007 in causa n. C-319/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, *cit. supra*, nota 97, par. 68.

to sulla nozione di medicinale in seguito ad una domanda di pronuncia pregiudiziale nuovamente proposta dal *Bundesverwaltungsgericht*. Secondo quanto emerge dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak, in tale pronuncia «la Corte di giustizia è chiamata ad esaminare i criteri sui quali le autorità dello Stato membro debbano fondare la propria decisione applicativa della disciplina sui medicinali, nonché il grado di certezza necessario relativamente agli effetti farmacologici di un prodotto affinché questo sia classificato come medicinale»¹⁰⁴. Con queste parole, in pratica, si invitava la Corte a delineare le caratteristiche necessarie affinché un prodotto potesse essere ritenuto in possesso di proprietà terapeutiche, cioè dovesse essere considerato un medicinale.

Il caso riguardava la classificazione di capsule contenenti 330 mg di riso rosso fermentato, corrispondenti a 1,33 mg di monacolina K, ossia di lovastatina, un inibitore della sintesi del colesterolo, in commercio in capsule da 10, 20 e da 80 mg nel mercato europeo. L'Avvocato Generale aveva introdotto un argomento altamente condivisibile: la c.d. «clausola di supremazia» può trovare applicazione solo nei confronti di prodotti le cui proprietà farmacologiche siano state accertate scientificamente, qualora la loro somministrazione venga consigliata ad un dosaggio in grado di modificare in modo significativo le funzioni fisiologiche dell'uomo mediante un'azione farmacologica, immunologica o metabolica¹⁰⁵. Questo concetto, pur con altre parole, è stato recentemente ribadito nelle conclusioni ad un caso riguardante la classificazione come medicinali di prodotti a base di specie vegetali¹⁰⁶. Questa interpretazione dovrebbe essere inserita all'interno del codice comunitario dei medicinali in quanto in grado di eliminare praticamente ogni dubbio sulla classificazione delle sostanze introducendo in modo palese la nozione di dose efficace, come era già stato proposto alcuni anni orsono da un rappresentante dell'EMA al fine di introdurre una distinzione tra i medicinali e gli integratori alimentari¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 19 giugno 2008 in causa n. C-140/07, *Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, par. 3.

¹⁰⁵ Nella nota 8 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak in causa n. C-140/07 (*Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, *loc. cit.*) sono riportati diversi riferimenti dottrinali da cui emergono «opinioni divergenti circa la questione della funzione della regola per i casi di dubbio».

¹⁰⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Masák del 16 ottobre 2008 in causa n. C-88/07, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, *cit. supra*, nota 40, par. 32 («la classificazione di un prodotto come medicinale vegetale è subordinata all'esistenza di due condizioni cumulative: che si tratti di un medicinale e che abbia un determinato contenuto»).

¹⁰⁷ «The posology/dosage and possible pharmacological actions should be considered on the basis of original or bibliographic data (...): If the posology is equal or above the pharmacologically active dosage demonstrated by the studies or by bibliography related to medicinal use, the product is likely to be classified as medicine. If the posology is lower or if such data do not exist, the product may be classified as a food supplement, if the conditions as set out by Directive 2002/46/EC (e.g. safety, listing) and other relevant legislation related to food (e.g. evidence for claims) are met» (C. KELLER, *Proceedings of AESGP (Association of the European Self-Medication Industry) Members Meeting*, Vienna, 16-18 January 2003, pp. 13-14, come riportato in O. M. GULATI e P. B.

Meno condivisibile, al contrario, appare l'accento al fatto che viene ribadito come «ai fini della classificazione (...) rivest[a]no importanza anche le modalità d'uso, l'ampiezza della sua diffusione, la conoscenza del preparato stesso da parte dei consumatori e i rischi che possono eventualmente derivare dalla sua utilizzazione», in quanto foriero di discrezionalità come già in precedenza accennato¹⁰⁸.

Nella sentenza, la Corte ha stabilito che, «esclusi i casi di sostanze o composizioni destinate a stabilire una diagnosi medica, un prodotto non può essere considerato come medicinale per funzione quando, tenuto conto della sua composizione – compreso il dosaggio di sostanze attive – e in condizioni normali di uso, non è idoneo a ripristinare, correggere o modificare in modo significativo funzioni fisiologiche dell'uomo»¹⁰⁹. Questa lapidaria frase, che accoglie i suggerimenti dell'Avvocato Generale, stabilisce in modo estremamente chiaro che può essere considerato medicinale solo una preparazione che contenga almeno una prestabilita quantità di sostanza attiva. Formulazioni che contengano dosi inferiori, non potendo esercitare «un'azione farmacologica, immunologica o metabolica», non possono rientrare tra i medicinali. In questo modo, si attua l'auspicio del settimo *considerando* della direttiva n. 2004/27/Ce che invitava a modificare la definizione di medicinale, in considerazione «del numero crescente dei prodotti detti "di frontiera"».

Occorre aggiungere che, purtroppo, la sentenza riafferma l'interpretazione secondo la quale gli Stati membri possono valutare uno stesso prodotto come un medicinale o come appartenente ad un'altra categoria di prodotti della salute, in particolare a quella degli alimenti. La Corte giustifica questa posizione ammettendo che uno Stato membro possa considerare la sussistenza di prove scientifiche sulle proprietà terapeutiche di un prodotto, mentre gli stessi risultati scientifici possono indurre un secondo Stato membro a ritenere lo stesso prodotto privo di effetti curativi¹¹⁰. Tale affermazione, da cui emerge una palese sfiducia verso la possibilità di un'analisi obiettiva dell'attività dei farmaci, è comunque contraddittoria rispetto al contenuto di un precedente paragrafo della stessa sentenza secondo cui «la nozione di medicinale per funzione mira a comprendere i prodotti le cui proprietà farmacologiche s[ia]no state accertate scientificamente»¹¹¹. Oltre allo scetticismo sulla possi-

OTTAWAY, *Legislation relating to nutraceuticals in the European Union with a particular focus on botanical-sourced products*, in *Toxicology*, vol. 221, 2006, p. 79).

¹⁰⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 19 giugno 2008 in causa n. C-140/07, *Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, cit. *supra*, nota 104, par. 93.

¹⁰⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2009 in causa n. C-140/07, *Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, cit. *supra*, nota 87, par. 42. La stessa affermazione è riportata anche nel par. 45.

¹¹⁰ *Ivi*, par. 28.

¹¹¹ *Ivi*, par. 25.

bilità di valutare in modo univoco i dati scientifici, il rimando alla possibilità di subordinare la classificazione di un prodotto «[al]la conoscenza che ne hanno i consumatori e [a]i rischi che possono derivare dalla sua utilizzazione»¹¹² pone un ulteriore potere discrezionale agli Stati che, in base a queste argomentazioni della Corte, hanno la possibilità di frapporre ostacoli alla libera circolazione di prodotti di frontiera potendo legittimamente richiedere l'AIC indispensabile per i soli prodotti medicinali.

Nonostante queste considerazioni critiche, l'introduzione del concetto di dose nella nozione di composizione di un medicinale rappresenta un fattore fondamentale verso il raggiungimento della formulazione di una definizione unanimemente accettata. Il dosaggio minimo efficace per ottenere un'azione terapeutica rappresenta infatti un dato indiscutibilmente oggettivo che non può essere contestato sulla base di interpretazioni discordanti di dati scientificamente rilevati.

Il concetto secondo cui solo la dose minima efficace risulta in grado di esercitare l'azione farmacologica propria del medicinale è stato indirettamente ribadito in una recente sentenza della Corte di giustizia¹¹³. La vertenza riguardava la valutazione di prodotti contenenti sostanze attive a dosaggi inferiori a quelli terapeutici, anche se potenzialmente tossici. Nello specifico, emergeva il problema della classificazione di compresse contenenti 400 mg di estratto di incenso importate in Germania dall'Austria, Stato membro dove erano commercializzate come integratore alimentare, sebbene nel luogo di produzione, l'India, il preparato fosse considerato un medicinale. Basandosi sulla disciplina vigente nel Paese terzo, le autorità del Saarland avevano assunto la decisione di vietare la commercializzazione del prodotto in quanto non era stata rilasciata l'AIC necessaria per i farmaci. Il *Verwaltungsgericht* aveva respinto il ricorso presentato dall'importatore tedesco argomentando che le compresse di incenso venivano comunemente considerate dei medicinali¹¹⁴. Tale motivazione sembra quindi fare un implicito riferimento al parametro relativo «alla conoscenza che ne hanno i consumatori», più volte criticato in questo articolo.

Nel successivo procedimento di appello, l'*Oberverwaltungsgericht*, nel respingere la tesi secondo la quale il preparato costituiva un integratore alimentare, aveva evidenziato il fatto che «l'estratto di incenso ha un'azione antinfiammatoria allorché viene utilizzato in una dose variabile da 800 a 1600 mg al giorno e che, viceversa, può favorire i processi infiammatori se impiegato a bassi dosaggi» quali quelli consigliati, cioè una compressa (400 mg)

¹¹² Sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2009 in causa n. C-140/07, *Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, cit. *supra*, nota 87, par. 39.

¹¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2009 in causa n. C-27/08, *BIOS Naturprodukte GmbH c. Saarland*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹¹⁴ *Ivi*, par. 10.

una volta al giorno¹¹⁵. Nel decidere la controversia, la Corte tedesca non aveva considerato l'effetto terapeutico di antinfiammatorio indotto dalle alte dosi di incenso (2-4 compresse al giorno), in quanto non associabile con la posologia suggerita, ma aveva ritenuto che gli effetti negativi riconducibili all'assunzione di una dose «insufficiente [400 mg] costituissero un'azione farmacologica»¹¹⁶. Sembra quindi che l'*Oberverwaltungsgericht* abbia distinto gli effetti terapeutici indotti dall'assunzione di alte dosi dalle conseguenze negative provocate da bassi dosaggi. L'interpretazione secondo cui nelle condizioni normali di impiego, cioè alle dosi consigliate, un prodotto non costituisce un medicinale per funzione, qualora non sia in grado di indurre significative modificazioni delle funzioni fisiologiche, concorda con la soluzione adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Hecht-Pharma* precedentemente ricordata¹¹⁷. Al contrario, la decisione dell'*Oberverwaltungsgericht* di imputare ad un'azione farmacologica anche gli effetti collaterali aggiunge un nuovo parametro al complesso sistema di valutazione cui deve essere sottoposto un prodotto della salute prima di escludere il suo inserimento tra i medicinali. L'affermazione della Corte tedesca è stata tuttavia utile in quanto ha consentito ai giudici di Lussemburgo di aggiungere un ulteriore tassello chiarificatore alla costruzione della nozione di medicinale. La Corte di giustizia ha infatti stabilito che eventuali rischi per la salute, riconducibili all'assunzione di un preparato nelle normali condizioni di impiego, non costituiscono un parametro in grado di giustificare la classificazione tra i medicinali¹¹⁸. Infatti, come efficacemente espresso nella sentenza, il «rischio per la salute [rappresenta] solamente una delle caratteristiche del prodotto che devono essere prese in considerazione dalle autorità nazionali competenti al fine di stabilire se esso sia un medicinale»¹¹⁹. Tale conclusione risulta pienamente condivisibile. Infatti una sostanza, di cui le autorità consentano la commercializzazione in base ai risultati di una preventiva comparazione dei rischi e dei benefici, non può venir automaticamente classificata tra i medicinali per il solo motivo che l'assunzione può creare danni alla salute dell'individuo. Non accettando questa tesi, dovremmo considerare farmaci anche prodotti come il tabacco e gli alcolici, il cui uso comporta un documentato pericolo di contrarre gravi malattie. D'altra parte, un potenziale danno per la salute è in palese contraddizione con la definizione di medicinale per funzione nella quale si evidenzia come solo una sostanza o composizione in grado «di ripristinare, correggere o

¹¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2009 in causa n. C-27/08, *BIOS Naturprodukte GmbH c. Saarland*, cit. *supra*, nota 113, par. 12.

¹¹⁶ *Ivi*, par. 13.

¹¹⁷ *Ivi*, par. 23.

¹¹⁸ *Ivi*, par. 24.

¹¹⁹ *Ivi*, par. 26.

modificare funzioni fisiologiche dell'uomo è (...) considerata medicinale»¹²⁰. Del resto, il concetto di farmaco viene comunemente associato con un preparato in grado di ristabilire le condizioni normali di benessere e non risulta collegato all'idea di un prodotto la cui assunzione possa provocare o favorire l'insorgere di una malattia.

In pratica, la Corte ribadisce nella sentenza *BIOS Naturprodukte* come sia necessario tenere «conto di tutte le caratteristiche del prodotto»¹²¹ allo scopo di determinarne l'eventuale classificazione tra i medicinali. Non risulta infatti logico affidare la valutazione solamente ad uno dei parametri che caratterizzano il farmaco e i suoi effetti, siano essi terapeutici o collaterali. Tale affermazione rappresenta quindi il riconoscimento che il medicamento costituisce un'entità articolata alla cui caratterizzazione concorrono una serie di fattori. La complessità di tali elementi impone alle autorità preposte una rigorosa analisi ed un accurato bilanciamento dei singoli fattori prima di poter classificare un prodotto nel rispetto delle norme comunitarie e del principio di preminenza della salute pubblica.

Le sentenze illustrate in questo paragrafo traggono origine da controversie insorte per contestare misure nazionali che sembrano identificare i benefici salutistici indotti dall'assunzione di un integratore alimentare con l'effetto farmacologico derivante dalla somministrazione di un medicinale. Tali provvedimenti interni introducono una restrizione alla libera circolazione di prodotti qualificati come «alimenti» in uno Stato membro, in quanto l'importazione e la distribuzione degli stessi prodotti, se considerati medicinali da un secondo Stato membro, risultano subordinate al rilascio dell'AIC. Per risolvere la problematica relativa alla classificazione senza ricorrere all'intervento della Corte, la dottrina spagnola ha recentemente proposto l'approvazione di una disposizione che dovrebbe imporre agli Stati membri di notificare alla Commissione l'intenzione di considerare «farmaco» un prodotto diversamente valutato da un secondo Stato membro¹²². Al fine di adottare in questi casi controversi un'identica classificazione in tutta la Comunità, l'autrice suggerisce l'applicazione della «procedura di regolamentazione» prevista dall'art. 5 della decisione n. 1999/468/Ce¹²³. Questa indicazione non sembra tuttavia considerare le com-

¹²⁰ Art. 1, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce, *cit. supra*, nota 51.

¹²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2009 in causa n. C-27/08, *BIOS Naturprodukte GmbH c. Saarland*, *cit. supra*, nota 113, par. 18; in precedenza sentenze 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 e n. C-318/03, *HLH Warenvertriebs GmbH e Orthica BV c. Bundesrepublik Deutschland*, *cit. supra*, nota 79, par. 30 e del 15 gennaio 2009 in causa n. C-140/07, *Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, *cit. supra*, nota 87, par. 39.

¹²² L. A. BOURGES, *Las definiciones de medicamento y complemento alimenticio: criterios diferenciales y primacía del Derecho farmacéutico. La sentencia «Hecht-Pharma GmbH» de 15 de enero de 2009, asunto C-140/07*, in *Revista de Derecho Alimentario*, Mayo 2009, p. 30.

¹²³ Decisione del Consiglio n. 1999/468/Ce del 28 giugno 1999 recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in *Guce* n. L 184 del 17 luglio 1999,

petenze dell'EMA nelle valutazioni connesse con il rilascio dell'AIC e le funzioni di coordinamento della stessa Agenzia in materia di vigilanza sulla sicurezza e sull'efficacia dei medicinali presenti nel circuito commerciale (farmacovigilanza).

4. Conclusioni

Dopo che la Corte ha introdotto il concetto di dose, al fine di rendere chiara la nozione di medicinale, la revisione della normativa comunitaria in campo farmaceutico dovrà operare in modo da riflettere i divergenti interessi delle diverse tipologie delle industrie del settore dei prodotti della salute. Indubbiamente la realizzazione dell'obiettivo comporterà l'abbandono di una tendenza consolidata che non riconduce le politiche sul medicinale ad un'unica autorità, ma sottopone i farmaci ad una «*horizontal multi-regulation*»¹²⁴. Il dibattito, infatti, sarà sicuramente complesso e il processo di realizzazione non potrà essere che lento, dovendo passare attraverso una maggiore armonizzazione delle regole e l'accettazione di numerosi compromessi. Tale scopo sarà raggiunto solo mediante un progressivo passaggio all'obbligatorietà della procedura centralizzata di AIC, in quanto solo il coinvolgimento dell'EMA può permettere di minimizzare i condizionamenti interpretativi frapposti dagli Stati membri. Questa soluzione diventa tuttavia sempre più imperativa in una visione prospettica che tenga in considerazione il progresso delle scienze applicate alla salute nel campo delle biotecnologie e dei nuovi sistemi di veicolazione di farmaci. Infatti, in assenza di specifici quadri normativi nel campo delle nanobiotecnologie, le attuali direttive e regolamenti non sembrano poter adeguarsi ai risultati scientifici che si intravedono nell'ambito della nanomedicina¹²⁵.

Inoltre, secondo il condivisibile concetto espresso dal settimo *considerando* della direttiva n. 2004/27/Ce, la definizione di medicinale non elenca «il tipo di azione che il medicinale può esercitare sulle funzioni fisiologiche», ostacolando l'inserimento della «terapia genica e [dei] radiofarmaci, nonché [di] taluni medicinali per uso topico». Esiste, quindi, la necessità di preparare una piattaforma legislativa atta a legittimare, adattandosi, i moderni sviluppi delle attività inerenti al medicinale. Questa struttura dovrebbe essere rappre-

p. 23, modificata dalla decisione n. 2006/512/Ce, in *Gu-Ue* n. L 200 del 22 luglio 2006, p. 11, pubblicata nella versione consolidata, in *GU-Ue* n. C 255 del 21 ottobre 2006, p. 4 ss.

¹²⁴ Nella Comunità europea, il settore del medicamento sembra soffrire una situazione che lo vede sottoposto a diverse Direzioni Generali aventi competenze in materie specifiche quali ad esempio la salute, la ricerca e la competitività, da cui l'espressione di «*horizontal multi-regulation*» (L. HANCHER, *Creating the internal market for pharmaceutical medicines - an Echternach jumping procession*, *CMLR*, 1991, p. 821 ss.).

¹²⁵ G. GUERRA, *European Regulatory Issues in Nanomedicine*, in *NanoEthics*, vol. 2, 2008, p. 87 ss.

sentata da una specie di testo unico, impostato in base all'esperienza del *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*, che racchiuda cioè al suo interno tutta la normativa relativa ai prodotti della salute.

L'EMA dovrebbe quindi diventare un'agenzia con competenze allargate ad alimenti, medicinali e cosmetici a cui le industrie del settore abbiano ufficialmente accesso consultivo prima di immettere sul mercato i loro prodotti o richiedere l'AIC. Avverso le decisioni dell'EMA sulla classificazione, vincolanti per tutti gli Stati membri, si dovrebbe prevedere la possibilità di presentare ricorso presso un organo scientifico, ampliando i compiti e riformando l'attuale *Scientific Advice Working Group* (SAWG), cui dovrebbe essere attribuito anche il mandato di proporre modifiche all'articolato del testo unico per aggiornarlo in base al progresso delle conoscenze.

Recentemente è stata anche presentata un'interessante proposta che, tra l'altro, si prefigge di evitare il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria nelle fasi iniziali di una controversia sulla classificazione di un prodotto della salute importato da uno Stato membro dove non è considerato un farmaco¹²⁶. Tale intervento sarebbe ammesso solo al termine di una valutazione di tipo tecnico-amministrativo in cui sarebbero coinvolte l'EMA e la *European Food Safety Authority* (EFSA). Il suggerimento individua due differenti procedure che si basano sull'art. 95 TCE o sul Regolamento n. 764/2008¹²⁷ a seconda che uno Stato membro consideri il bene importato come un medicinale sprovvisto di AIC o che impedisca la commercializzazione del prodotto in quanto contenente sostanze comunemente utilizzate nei medicinali. Come evidenziato dal commentatore, tali proposte avrebbero indubbiamente il vantaggio di chiarire gli aspetti di natura scientifica in un tempo più breve di quello attualmente necessario e di diminuire le vertenze in materia sottoposte all'attenzione della Corte, in quanto uno Stato membro valuterebbe con attenzione i pareri degli organi tecnici prima di sostenere tesi contrastanti. L'adozione di queste procedure dovrebbe quindi contribuire alla completa attuazione della libera circolazione delle merci anche in quei settori, come quello dei prodotti della salute, in cui la complessità insita negli aspetti tecnici ne ostacola la piena realizzazione.

Nonostante i miglioramenti che potranno essere apportati mediante una serie di provvedimenti di tipo amministrativo e legislativo, gli interventi della Corte di giustizia saranno sempre richiesti per delimitare i confini tra medicinale e prodotto salutistico indispensabili per fissare in modo certo la disciplina del settore, anche se una Corte rappresenta «an institution established for the reso-

¹²⁶ F. CAPELLI, *L'aglio è un alimento o un farmaco?*, cit. *supra*, nota 97, p. 155 ss.

¹²⁷ Regolamento (Ce) n. 764/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che stabilisce procedure relative all'applicazione di determinate regole tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro e che abroga la decisione n. 3052/95/Ce, in *Gu-Ue* n. 218 del 13 agosto 2008, p. 21 ss.

lution of disputes, not arbiters of scientific truth»¹²⁸.

Nell'ambito del medicamento, di conseguenza, «la Corte di giustizia dovrà cercare la soluzione "più appropriata", sebbene non possa essere "l'unica possibile"»¹²⁹. A questo scopo, risulta necessario che nelle decisioni degli organi legislativi e giurisprudenziali sia applicata l'esortazione secondo la quale «[w]hat we have to do (...) is to find the meaning of some not very difficult words. We must try (...) to do it with the same freedom of natural and spontaneous interpretation that one would be sure of if the same question arose upon an indictment for a similar act»¹³⁰.

In pratica, risulta necessario che il legislatore, con l'aiuto degli organi tecnici e della giurisprudenza, stabilisca il significato dei termini «alimento, medicinale e cosmetico», solo in apparenza univoci, attraverso una formulazione di semplice interpretazione, ma che contemporaneamente risulti valida nel tempo in quanto capace di distinguere le diverse categorie tra i molti prodotti tesi ad assicurare il fondamentale bisogno di benessere dell'individuo.

Federico Forni*

¹²⁸ P. A. OFFIT, *When Judges Play Doctor*, in *Wall Street Journal*, 9th February 2004.

¹²⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 15 maggio 2008 in causa n. C-228/07, *Jörn Petersen c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Niederösterreich*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6989, par. 2.

¹³⁰ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U. S. 197 (1904), Holmes dissenting.

* Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LE MISURE ITALIANE CHE REGOLANO LA FISSAZIONE DEI PREZZI DEI MEDICINALI NON CONTRASTANO CON IL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 2 aprile 2009 in cause riunite da n. C-352/07 a n. C-356/07, da n. C-365/07 a n. C-367/07 e n. C-400/07

A. Menarini Industrie Farmaceutiche Riunite Srl e altri c. Ministero della Salute, Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 89/105/Cee - Trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità per uso umano - Art. 4 - Blocco dei prezzi - Riduzione dei prezzi - Reiterazione e frequenza delle misure - Impostazione secondo le spese stimate o quelle accertate - Criteri della verifica in base alle condizioni macroeconomiche - Deroga al prezzo imposto - Decisione motivata.

L'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/105/Cee, riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia, deve essere interpretato nel senso che, sempreché le condizioni poste da tale disposizione siano rispettate, le autorità competenti di uno Stato membro possono adottare misure di portata generale consistenti nella riduzione dei prezzi di tutte le specialità medicinali o di certe loro categorie, anche qualora l'adozione di simili misure non sia preceduta da un blocco di tali prezzi¹.

L'art. 4, n. 1, della direttiva n. 89/105/Ce deve essere interpretato nel senso che, sempreché le condizioni poste da tale disposizione siano rispettate, possono essere adottate misure di riduzione dei prezzi di tutte le specialità medicinali o di certe loro categorie più volte nel corso di un unico anno e nel ripetersi di molti anni².

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

L'art. 4, n. 1, della direttiva n. 89/105/Ce deve essere interpretato nel senso che non osta a che misure di controllo dei prezzi di tutte le specialità medicinali o di certe loro categorie siano adottate sulla base di stime di spesa, purché le condizioni poste da tale disposizione siano rispettate e tali stime si fondino su elementi obiettivi e verificabili³.

L'art. 4, n. 1, della direttiva n. 89/105/Ce deve essere interpretato nel senso che spetta agli Stati membri determinare, nel rispetto dell'obiettivo di trasparenza perseguito da tale direttiva nonché delle prescrizioni della suddetta disposizione, i criteri in base ai quali deve essere effettuata la verifica delle condizioni macroeconomiche di cui alla disposizione stessa e che tali criteri possono consistere nella spesa farmaceutica esclusivamente, nel complesso delle spese sanitarie ovvero in altri tipi di spesa⁴.

L'art. 4, n. 2, della direttiva n. 89/105/Ce deve essere interpretato nel senso che:

- gli Stati membri devono prevedere comunque la possibilità, per un'impresa interessata da una misura di blocco o di riduzione dei prezzi di tutte le specialità medicinali o di certe loro categorie, di chiedere una deroga al prezzo imposto in forza di tali misure;

- essi sono tenuti ad assicurare che sia adottata una decisione motivata in merito ad un'ogni [rectius: ad ogni n.d.r.] richiesta di questo tipo, e

- la partecipazione concreta dell'impresa interessata consiste, da un lato, nella presentazione di un esposto sufficiente dei motivi particolari che giustifichino la sua richiesta di deroga e, dall'altro, nella trasmissione di informazioni particolareggiate supplementari nel caso in cui le informazioni fornite a sostegno di tale richiesta siano insufficienti⁵.

¹⁻⁵ Le cause, sorte in seguito a provvedimenti adottati nel corso degli anni 2006 e 2007 dall'Agenzia Italiana del Farmaco (di seguito denominata: AIFA) volti a ridurre il prezzo al pubblico dei medicinali per uso umano prescrivibili in Italia a carico del Servizio Sanitario Nazionale (di seguito denominato: SSN) – al fine di garantire il tetto di spesa farmaceutica a carico del SSN –, hanno riguardato l'interpretazione dell'art. 4, nn. 1 e 2, della direttiva n. 89/105/Cee (in *Guce* n. L 40 del 1989, p. 8), concernente la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia.

Le ricorrenti nelle cause principali, che commercializzano specialità medicinali i cui costi sono interamente a carico del SSN, hanno citato in giudizio il Ministero della Salute e l'AIFA dinanzi al TAR del Lazio in merito all'adozione delle misure sopra citate. Il giudice amministrativo ha ritenuto di sospendere il procedimento e di rimettere alla Corte di giustizia alcune questioni sulla conformità alla direttiva n. 89/105/Ce del sistema italiano di fissazione dei prezzi dei medicinali.

In *primis*, la Corte di giustizia si è soffermata sulla competenza che hanno gli Stati membri a regolamentare i loro sistemi di previdenza sociale e ad adottare, in particolare, norme volte a disciplinare il consumo dei prodotti farmaceutici tutelando l'equilibrio finanziario dei loro sistemi sanitari (cfr. sentenze del 7 febbraio 1984 in causa n. 238/82, *Duphar e a.*, in *Raccolta*, 1984, p. 523; del 19 marzo 1991 in causa n. C-249/88, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1275 e annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 369; del 17 febbraio 1993 in cause riunite n. C-159/91 e n. C-160/91, *Poucet e Pistre*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 637; del 17 giugno 1997 in causa n. C-70/95, *Sodemare e a.*, in *Raccolta*, I, p. 3395; del 28 aprile 1998 in causa n. C-158/96, *Kohll*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1931 e annotata in que-

sta *Rivista*, 1999, p. 55; del 20 gennaio 2005 in causa n. C-245/03, *Merck, Sharp & Dohme*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 637 nonché dell'11 settembre 2008 in causa n. C-141/07, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6935).

Dall'art. 4, n. 1, della direttiva si deduce che le autorità competenti di uno Stato membro possono adottare misure di blocco dei prezzi di tutte le specialità medicinali o di certe loro categorie e, nell'ambito della procedura di verifica prevista dalla stessa disposizione, misure di aumento o di riduzione di tali prezzi. Tuttavia, tale disposizione non precisa se una misura di riduzione dei prezzi delle specialità medicinali possa o meno essere adottata senza essere preceduta dall'adozione di una misura di blocco di tali prezzi (sulla finalità della direttiva, cfr. sentenze del 27 novembre 2001, in causa n. C-424/99, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9285; del 12 giugno 2003 in causa n. C-229/00, *Commissione c. Finlandia*, in *Raccolta*, I, p. 5727; del 26 ottobre 2006 in causa n. C-317/05, *Pohl-Boskamp*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10611 e del 17 luglio 2008 in causa n. C-311/07, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 113*, Pubblicazione sommaria).

Con l'espressione «blocco dei prezzi di tutte le specialità medicinali o di certe loro categorie» di cui all'art. 4, n. 1, della direttiva n. 89/105/Ce, si intendono tutte le misure nazionali dirette a contenere i prezzi delle specialità medicinali, anche nell'ipotesi in cui tali misure non siano precedute da un blocco dei prezzi. A parere della Corte di giustizia, le misure nazionali volte a ridurre i prezzi dei medicinali della specie di quelle di cui alle cause principali, costituiscono misure preordinate a controllare i prezzi delle specialità medicinali ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva n. 89/105/Ce. Un'interpretazione secondo cui l'adozione di misure di riduzione dei prezzi di tutte le specialità medicinali, o di certe loro categorie, debba essere preceduta da un blocco di tali prezzi inciderebbe sulle politiche degli Stati membri in materia di fissazione dei prezzi costituendo una misura eccessiva; tale interpretazione costringerebbe gli Stati stessi ad adottare misure di blocco dei prezzi delle specialità medicinali prima di procedere ad una riduzione dei prezzi stessi.

La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che nell'ipotesi di blocco dei prezzi delle specialità medicinali da parte di uno Stato membro, questo è tenuto a verificare, almeno una volta all'anno, se le condizioni macroeconomiche giustificano la continuazione senza modifiche del blocco. Tale verifica annuale, costituendo una prescrizione minima, non impedisce allo Stato in questione di effettuare più verifiche nel corso dell'anno decidendo così di aumentare o di diminuire i prezzi.

Sull'individuazione dei criteri in base ai quali le misure di controllo dei prezzi devono essere adottate, la Corte di giustizia ha statuito che l'adozione di tali misure potrebbe avvenire sulla base di spese stimate, sempreché tali stime si fondino su elementi obiettivi e verificabili.

Sulla tipologia di spesa che deve essere presa in considerazione ai fini dell'adozione delle misure in questione, la Corte ha osservato che gli Stati membri possono tener conto della spesa farmaceutica, delle spese sanitarie nel loro complesso e di tutte le altre spese pertinenti. Infine, la Corte di giustizia ha precisato che, in casi eccezionali, l'art. 4, n. 2, della direttiva n. 89/105/Ce prevede che il detentore di un'autorizzazione di commercializzazione di una specialità medicinale possa chiedere una deroga al blocco dei prezzi, se giustificata da motivi particolari. Gli Stati membri devono assicurare che sia adottata una decisione motivata in merito ad ogni richiesta e che detta decisione sia comunicata al richiedente entro un termine di novanta giorni.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 87/102/CEE SUL CREDITO AL CONSUMO

Corte di giustizia

Sentenza del 23 aprile 2009 in causa n. C-509/07

Luigi Scarpelli c. Neos Banca SpA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 87/102/Cee - Tutela dei consumatori - Credito al consumo - Inadempimento del contratto di vendita - Rapporto di esclusiva tra il venditore e il creditore - Presupposto non necessario.

L'art. 11, n. 2, della direttiva del Consiglio del 22 dicembre 1986, n. 87/102/Cee, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella della causa principale, l'esistenza di un accordo tra il creditore ed il fornitore, sulla base del quale un credito è concesso ai clienti di tale fornitore esclusivamente da quel creditore, non è un presupposto necessario del diritto per i clienti suddetti di procedere contro il creditore in caso di inadempimento delle obbligazioni che incombono al fornitore al fine di ottenere la risoluzione del contratto di credito e la conseguente restituzione delle somme corrisposte alla società finanziaria¹.

¹ La domanda pregiudiziale, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 11, n. 2, della direttiva n. 87/102/Cee (in *Guce* n. L 42 del 1987, p. 48), è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il signor Scarpelli e la Neos Banca SpA relativamente all'esecuzione di un contratto di credito concluso per l'acquisto di un'automobile, peraltro mai consegnata.

La disposizione comunitaria oggetto di interpretazione prevede il diritto per il consumatore di procedere contro il creditore qualora i beni o i servizi considerati dal contratto di credito non siano forniti o siano forniti soltanto in parte, o non siano conformi al relativo contratto di fornitura (art. 11, n. 2, lett. d.).

Nel giugno 2003 il signor Scarpelli acquistava un'autovettura (dalla società Autobrembate) e inoltrava, unitamente al contratto di acquisto, una richiesta di prestito alla società Finemiro S.p.A, cui è subentrata, successivamente, la Neos Banca. All'atto dell'acquisto il ricorrente corrispondeva al venditore la somma di Euro 10.000,00 e iniziava a pagare le rate del prestito. Dopo aver corrisposto ben ventiquattro rate, pari ad Euro 9.648,00, il signor Scarpelli non aveva ancora preso possesso della propria autovettura. Il ricorrente sospendeva, perciò, il pagamento delle rate e si opponeva al procedimento di ingiunzione della banca relativo al pagamento della somma residua chiedendo il rimborso delle somme già versate.

Il giudice nazionale, il Tribunale di Bergamo, ha ritenuto di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di fare chiarezza sulla necessità di una clausola di esclusiva tra il creditore ed il fornitore, affinché il consumatore possa procedere in giudizio contro il creditore in caso di inadempimento del venditore.

In particolare, il Tribunale di Bergamo ha chiesto alla Corte di chiarire se tale condizione sia necessaria nel caso specifico di un'azione diretta alla risoluzione del contratto di finanziamento e nel caso di un'azione diretta alla restituzione delle somme già corrisposte al finanziatore.

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha richiamato gli obiettivi della direttiva n. 87/102/Cee che sono quelli di assicurare, da un lato, la realizzazione di un mercato comune del credito al consumo e, dall'altro, di proteggere i consumatori che sottoscrivono tali crediti (cfr., sentenze del 23 marzo 2000 in causa n. C-208/98, *Berliner Kindl Brauerei*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1741 e del 4 marzo 2004 in causa n. C-264/02, *Cofinoga*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2157).

La Corte ha precisato il contenuto dell'art. 11 della direttiva che prevede il diritto per il consumatore di procedere contro il creditore-finanziatore in caso di mancata o inesatta esecuzione delle obbligazioni incombenti al fornitore dei beni o dei servizi in questione e, dall'altra, subordina tale diritto ad una serie di condizioni, tra le quali figura quella dell'esisten-

za di un rapporto di esclusiva tra il creditore ed il fornitore.

Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che il diritto di procedere in giudizio costituisce una difesa ulteriore riconosciuta dalla direttiva al consumatore nei confronti del creditore (finanziatore). Tale diritto riconosciuto a livello comunitario si aggiunge agli ulteriori strumenti previsti dalle normative nazionali; gli Stati membri, peraltro, sono liberi di prevedere normative più favorevoli per i consumatori.

A parere della Corte di giustizia, il fatto di subordinare l'esercizio del diritto del consumatore di procedere contro il creditore (finanziatore) alla condizione dell'esistenza di una clausola di esclusiva tra il creditore ed il fornitore contrasterebbe con l'obiettivo della direttiva n. 87/102/Cee, sopra delineato. Nel caso di specie, dunque, la direttiva non prevede che l'azione contro il creditore sia subordinata alla esistenza di una clausola di esclusiva tra il creditore e il fornitore. Tale condizione potrebbe essere richiesta per far valere altri diritti, non previsti dalle disposizioni contrattuali nazionali, come il diritto al risarcimento del danno causato da un'inadempimento del fornitore dei beni o servizi. L'esistenza di un accordo tra il creditore e il fornitore, perciò, non è un presupposto necessario al fine di poter procedere contro il creditore in caso di inadempimento delle obbligazioni che incombono al fornitore. Di conseguenza il consumatore ha il diritto di chiedere la risoluzione del contratto, nonché la restituzione delle somme già corrisposte al creditore.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUGLI EFFETTI GIURIDICI DI UNA CLAUSOLA ABUSIVA

Corte di giustizia

Sentenza del 4 giugno 2009 in causa n. C-243/08

Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Effetti giuridici di una clausola abusiva - Potere e obbligo del giudice nazionale di esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola attributiva di competenza - Criteri di valutazione - Competenza del giudice nazionale.

L'art. 6, n. 1, della direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale abusiva non vincola il consumatore e che non è necessario, in proposito, che egli abbia in precedenza impugnato utilmente siffatta clausola¹.

Il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. Tale obbligo incombe al giudice nazionale anche in sede di verifica della propria competenza territoriale².

Spetta al giudice nazionale stabilire se una clausola contrattuale, come quella oggetto della controversia principale, risponda ai criteri richiesti per

*poter essere considerata abusiva ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 93/13/Cee. A tal fine, il giudice nazionale deve tener conto del fatto che può essere considerata abusiva una clausola contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista, la quale sia stata introdotta senza essere stata oggetto di negoziato individuale e sia volta ad attribuire la competenza esclusiva al tribunale della circoscrizione in cui si trova la sede del professionista*³.

¹⁻³ La domanda pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 93/13/Cee è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'impresa Pannon GSM Zrt. e la signora Sustikné Györfi, in merito all'esecuzione di un contratto d'abbonamento relativo alla fornitura di servizi di telefonia mobile.

Nel dicembre del 2004 la signora Sustikné Györfi stipulava con la Pannon un contratto a mezzo di un formulario fornito quest'ultima in cui si stabiliva che, con la sottoscrizione del contratto, la predetta signora non solo prendeva conoscenza, ma accettava il contenuto del regolamento di esecuzione comprensivo delle condizioni generali di contratto. In queste era previsto che il foro competente a dirimere le controversie fosse il Tribunale municipale di Budaörs. Tuttavia, tale clausola non era stata negoziata tra le parti contrattuali. Il Tribunale ungherese adito rilevava che il giudice territorialmente competente sarebbe dovuto essere quello della circoscrizione in cui risiedeva l'abbonata (Tribunale municipale di Battonya). Il Tribunale municipale di Budaörs ha così sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva n. 93/13/Ce.

Con la prima questione, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se l'art. 6, n. 1, della direttiva, ai sensi del quale le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un professionista ed un consumatore non vincolano quest'ultimo, debba essere interpretato nel senso che il consumatore non è vincolato solamente nelle ipotesi di impugnazione della clausola in questione. La Corte ha richiamato la finalità della direttiva che è quella di tutelare il consumatore che si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista. Tale obiettivo, a parere della Corte, non sarebbe raggiunto se i consumatori fossero tenuti a eccepire essi stessi l'abusività di una clausola contrattuale e che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se si riconosce al giudice nazionale la facoltà di valutare d'ufficio la clausola stessa.

Il consumatore, pertanto, non può essere vincolato da una clausola contrattuale abusiva solamente nel caso in cui abbia presentato una specifica domanda al riguardo.

Con la seconda questione, la Corte di giustizia ha chiarito se il giudice nazionale, in forza degli obblighi incombenti dalla direttiva, sia tenuto a pronunciarsi, anche d'ufficio, sull'abusività o meno di una clausola contrattuale. Al riguardo, la Corte ha richiamato la sentenza *Cofidis* (del 21 novembre 2002 in causa n. C-473/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10875; cfr. in questa *Rivista* il commento di P. PALLARO, *Note a margine di alcune recenti sentenze della Corte di giustizia sulla tutela dei consumatori e sull'applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati*, 2003, p. 35 ss.) nella quale la tutela del consumatore veniva estesa anche ai casi nei quali il consumatore non aveva impugnato l'abusività della clausola perché, per esempio, ignorava i propri diritti. Ne consegue che il giudice ha non solo l'obbligo di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, ma altresì di esaminare d'ufficio la clausola stessa, anche in sede di verifica della propria competenza territoriale.

La definizione degli elementi che il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione per la valutazione dell'eventuale abusività di una clausola contrattuale costituisce l'oggetto della terza questione pregiudiziale. Sul punto, la Corte di giustizia ha richiamato il contenuto dell'art. 3 della direttiva specificando come esso definisca in modo solamente astratto gli elementi che conferiscono il carattere abusivo ad una clausola contrattuale. Nel caso di specie, la clausola oggetto di contestazione è stata redatta da un professionista e non è stata oggetto di un negoziato individuale: essa, pertanto, è abusiva. La Corte, nella sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores* (sentenza del 27 giugno 2000 in cause riunite

da n. C-240/98 a n. C-244/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 638), si era pronunciata sull'abusività di una clausola che imponeva al consumatore l'obbligo di assoggettarsi alla competenza esclusiva di un tribunale. Tale clausola, di fatto, limita l'esercizio delle azioni legali da parte del consumatore che rinuncia alle proprie difese per evitare le spese di comparizione in un altro tribunale.

È comunque sempre demandato al giudice nazionale il compito di stabilire se una clausola contrattuale debba essere qualificata abusiva ai sensi della direttiva.

I PASSEGGERI DI UN VOLO INTRACOMUNITARIO POSSONO RICHIEDERE L'INDENNIZZO FORFETARIO TANTO AL GIUDICE DEL LUOGO DI PARTENZA QUANTO A QUELLO DI ARRIVO DELL'AEREO IN CASO DI ANNULLAMENTO DEL VOLO

Corte di giustizia

Sentenza del 9 luglio 2009 in causa n. C-204/08

Peter Rehder c. Air Baltic Corporation

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamento Ce n. 44/2001 - Art. 5, punto 1, lett. b., secondo trattino - Regolamento Ce n. 261/2004 - Artt. 5, n. 1, lett. c., e 7, n. 1, lett. a. - Convenzione di Montreal - Art. 33, n. 1 - Trasporti aerei - Richieste di compensazione pecuniaria rivolte dai passeggeri alle compagnie aeree in caso di cancellazione dei loro voli - Luogo di esecuzione della prestazione - Competenza giurisdizionale in caso di trasporto aereo da uno Stato membro ad un altro da parte di una compagnia aerea avente sede in un terzo Stato membro - Luogo di partenza o il luogo di arrivo dell'aereo quali indicati nel contratto concluso con la compagnia aerea.

L'art. 5, punto 1, lett. b., secondo trattino, 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, dev'essere interpretato nel senso che, in caso di trasporto aereo di persone da uno Stato membro all'altro, effettuato sul fondamento di un contratto concluso con un'unica compagnia aerea che è il vettore operativo, il tribunale competente a conoscere di una richiesta di compensazione pecuniaria basata su tale contratto di trasporto e sul 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 e che abroga il regolamento Cee n. 295/91, è quello, a scelta dell'attore, nella cui circoscrizione si trovano il luogo di partenza o il luogo di arrivo dell'aereo quali indicati in detto contratto¹.

¹ Ancora una volta la Corte di giustizia si è pronunciata sull'interpretazione del regolamento n. 44/2001 (che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 ed è

entrato in vigore il 1° marzo 2002, in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1) e, in questo caso, sull'interpretazione delle norme relative alla competenza giurisdizionale nel settore del trasporto aereo.

La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il signor Rehder e l'Air Baltic Corporation in esito all'annullamento del volo che egli aveva prenotato presso tale compagnia per recarsi da Monaco di Baviera (Germania) a Vilnius (Lituania).

Il ricorrente, residente a Monaco, prenotava presso l'Air Baltic, compagnia aerea con sede sociale in Riga (Lettonia), un volo da Monaco a Vilnius. Trenta minuti prima della partenza da Monaco il volo è stato cancellato. Il ricorrente, dopo una modifica della prenotazione effettuata dall'Air Baltic, ha preso un volo per Vilnius via Copenhagen giungendo così a destinazione con sei ore di ritardo.

Il signor Rehder si è così rivolto al Tribunale di Erding (che si è dichiarato competente a conoscere la controversia), nella cui circoscrizione si trova l'aeroporto di Monaco di Baviera, chiedendo la condanna dell'Air Baltic al risarcimento dei danni ai sensi degli artt. 5, n. 1, lett. c., e 7, n. 1, lett. a., del regolamento n. 261/2004. La Corte d'appello di Monaco di Baviera, adita dalla compagnia aerea, ritenendo che i servizi di trasporto aereo siano resi nel luogo in cui si trova la sede sociale della compagnia che effettua il volo, ha annullato la sentenza del Tribunale di Erding. Il signor Rehder ha proposto così un ricorso dinanzi alla Corte federale di cassazione, la quale si è rivolta alla Corte di giustizia al fine di chiarire se l'art. 5, punto 1, lett. b., debba essere interpretato nel senso di far rientrare nell'unico luogo di esecuzione anche la competenza giurisdizionale per le controversie relative alle obbligazioni contrattuali derivanti da un contratto di trasporto aereo internazionale.

La Corte di giustizia ha statuito che, in caso di pluralità dei luoghi di consegna dei beni in un unico Stato membro, il luogo che assicura il collegamento più stretto tra il contratto e il giudice competente è quello della consegna principale, la quale dovrà essere determinata in ragione di criteri economici.

Anche in caso di pluralità dei luoghi di fornitura dei servizi in diversi Stati membri, occorre individuare il luogo che assicura il collegamento più stretto tra il contratto e il giudice competente, ovvero quello dove dev'essere eseguita la fornitura principale dei servizi. Il luogo della sede o del principale stabilimento della compagnia aerea interessata non presenta il necessario stretto collegamento con il contratto. Infatti, le operazioni e le azioni intraprese a partire da tale luogo, in particolare la messa a disposizione di un aeromobile e di un equipaggio adeguati, non costituiscono servizi, ma misure logistiche e meramente preparatorie in vista dell'esecuzione del contratto di trasporto aereo (sentenza del 3 maggio 2007 in causa n. C-386/05, *Color Drack*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3699 e annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 746).

Analogamente per il luogo della conclusione del contratto di trasporto aereo e per quello di emissione del biglietto.

I servizi la cui fornitura corrisponde all'esecuzione degli obblighi derivanti da un contratto di trasporto aereo di persone sono: la registrazione e l'imbarco dei passeggeri e l'accoglienza degli stessi a bordo dell'aereo nel luogo di decollo stabilito nel contratto di trasporto medesimo, la partenza dell'aereo all'ora prevista, il trasporto dei passeggeri e dei bagagli dal luogo di partenza a quello di arrivo, la gestione dei passeggeri durante il volo e, infine, il loro sbarco, in condizioni di sicurezza, nel luogo di atterraggio e all'ora convenuti nel contratto.

La Corte ha sottolineato come i trasporti aerei costituiscano per loro stessa natura servizi forniti in maniera indivisibile e unitaria dal luogo di partenza a quello di arrivo dell'aereo, di modo che rispetto ad essi non è possibile enucleare, in funzione di un criterio economico, una parte della prestazione che costituisca la prestazione principale e sia fornita in un luogo preciso.

La Corte di giustizia ha concluso nel senso che, tanto il luogo di partenza, quanto quello di arrivo dell'aereo, devono essere considerati, allo stesso titolo, luoghi di fornitura principale dei servizi oggetto di un contratto di trasporto aereo. Ne consegue che, nel caso di specie, il signor Rehder è legittimato a chiedere il risarcimento dei danni citando la controparte dinanzi al tribunale nella cui circoscrizione si trova uno dei luoghi, sopra citati, sul fondamento dell'art. 5, punto 1, lett. b., secondo trattino, del regolamento n. 44/2001.

**I CONIUGI CON LA DOPPIA CITTADINANZA NELL'UNIONE
POSSONO DOMANDARE LO SCIoglimento DEL MATRIMONIO
DAVANTI AI TRIBUNALI DI UNO O DELL'ALTRO DEI DUE STATI
INTERESSATI**

Corte di giustizia

Sentenza del 16 luglio 2009 in causa n. C-168/08

Laszlo Hadadi (Hadady) c. Csilla Marta Mesko in Hadadi (Hadady)

Artt. 68 CE e 234 CE - Questione pregiudiziale - Cooperazione giudiziaria in materia civile - Regolamento Ce n. 2201/2003 - Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale - Art. 64 - Disposizioni transitorie - Applicazione ad una decisione di uno Stato membro che ha aderito all'Unione europea nel 2004 - Art. 3, n. 1 - Competenza giurisdizionale in materia di scioglimento del matrimonio - Collegamento pertinente - Residenza abituale - Nazionalità - Coniugi residenti in Francia e aventi, entrambi, la cittadinanza francese e ungherese - Competenza del giudice francese e del giudice ungherese.

Qualora il giudice dello Stato membro richiesto debba accertare, in applicazione dell'art. 64, n. 4, 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 responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento Ce n. 1347/2000, se il giudice dello Stato membro di origine di una decisione giurisdizionale sarebbe stato competente in forza dell'art. 3, n. 1, lett. b., dello stesso regolamento, quest'ultima disposizione osta a che il giudice dello Stato membro richiesto consideri i coniugi che possiedono entrambi la cittadinanza sia di questo Stato sia di quello di origine unicamente come cittadini dello Stato membro richiesto. Tale giudice, al contrario, deve tener conto del fatto che i coniugi possiedono anche la cittadinanza dello Stato membro di origine e che, pertanto, i giudici di quest'ultimo Stato avrebbero potuto essere competenti a conoscere della controversia¹.

Qualora entrambi i coniugi possiedano la cittadinanza di due stessi Stati membri, l'art. 3, n. 1, lett. b., del regolamento n. 2201/2003 osta a che la competenza giurisdizionale dei giudici di uno di tali Stati membri resti esclusa per il fatto che il ricorrente non presenti altri elementi di collegamento con questo Stato. Al contrario, i giudici degli Stati membri di cui i coniugi possiedono la cittadinanza sono competenti in forza di tale disposizione, potendo questi ultimi adire, a loro scelta, il giudice dello Stato membro al quale la controversia sarà sottoposta².

¹⁻² Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio, la Corte di

cassazione francese, ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni ex art. 234 CE sull'interpretazione del regolamento n. 1347/2000 (in *Guce* n. L 338 del 2000, p. 1). Le questioni sono volte a chiarire se sia competente a pronunciarsi su un divorzio un giudice ungherese o un giudice francese qualora entrambi i coniugi abbiano la residenza abituale in Francia e siano in possesso della doppia cittadinanza: ungherese e francese. Le questioni si pongono nel contesto del riconoscimento in Francia di una decisione di divorzio pronunciata da un giudice ungherese (Tribunale di Pest). La decisione è stata adottata anteriormente all'entrata in vigore del regolamento e a seguito di un'azione proposta prima dell'adesione dell'Ungheria all'UE. Nel caso di specie, l'applicazione del regolamento n. 2201/2003 dipende, a norma delle pertinenti disposizioni transitorie del medesimo regolamento, dalla circostanza se i giudici dello Stato di origine della decisione sarebbero stati competenti in forza del regolamento.

L'art. 3, n. 1, del regolamento Ce n. 1347/2000 individua i criteri in base ai quali le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono tenute a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio. Tra questi troviamo la residenza abituale dei coniugi, o l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o la residenza abituale del convenuto, o in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o la cittadinanza di entrambi i coniugi.

Ai sensi dell'art. 21, nn. 1 e 4, dello stesso regolamento: «Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento» e non si può procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro d'origine (art. 24). Tuttavia, il regolamento si applica solo alle azioni proposte, agli atti pubblici formati e agli accordi tra le parti conclusi dopo il 1° marzo 2005, data di applicazione del regolamento.

Nel 1979 i signori Hadadi e Mesko, cittadini ungheresi, contraevano matrimonio in Ungheria ed emigravano subito in Francia. Nel 1985 acquisivano la cittadinanza francese per naturalizzazione, ed entrambi possiedono la cittadinanza ungherese e francese.

Nel 2002 il signor Hadadi proponeva ricorso per divorzio dinanzi al Tribunale di Pest e, un anno dopo, la signora Mesko proponeva una domanda di divorzio per colpa dinanzi al Tribunal de grande instance de Meaux in Francia. Successivamente all'adesione della Repubblica di Ungheria all'Unione europea avvenuta il 1° maggio del 2004, il Tribunale di Pest pronunciava sentenza di divorzio (ormai definitiva) tra i coniugi. Il Tribunal de grande instance de Meaux dichiarava irricevibile la domanda di divorzio presentata dalla signora Mesko che proponeva appello dinanzi alla Corte d'appello di Parigi. Questa statuiva il non riconoscimento in Francia della sentenza di divorzio del Tribunale di Pest. A questo punto, il signor Hadadi proponeva ricorso in cassazione impugnando la sentenza della Corte d'appello di Parigi. Il giudice del rinvio ha ritenuto di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se, nel caso in cui i coniugi possiedano, al tempo stesso, la cittadinanza dello Stato membro del giudice adito e quella di un altro Stato membro, il giudice adito sia tenuto a far prevalere la cittadinanza del proprio Stato membro di appartenenza.

La Corte ha sottolineato come il regolamento non attui una distinzione a seconda che una persona possieda una o più cittadinanze. In caso di doppia cittadinanza comune, ha precisato la Corte di giustizia, il giudice adito non può restare indifferente al fatto che gli interessati possiedano la cittadinanza di un altro Stato membro. Ne consegue che, nel contesto dell'art. 64, n. 4, nel caso in cui i coniugi possiedano, al tempo stesso, la cittadinanza dello Stato membro del giudice adito e quella di un altro Stato membro, come nel caso in questione, il giudice (francese) deve tener conto del fatto che i giudici ungheresi, – considerato che gli interessati possiedono la cittadinanza di quest'ultimo Stato –, avrebbero potuto essere aditi con piena competenza conformemente all'art. 3, n. 1, lett. b., del regolamento n. 2201/2003.

Il giudice del rinvio ha, inoltre, chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se, per determinare la competenza giurisdizionale a conoscere di un divorzio di persone aventi la medesima doppia cittadinanza, si debba tener conto unicamente della cittadinanza dello Stato membro con il quale tali persone presentino i legami più stretti – la cittadinanza «prevalente» –, per cui solamente i giudici di questo Stato sono competenti in base alla cittadinanza, o se, al contrario, debbano essere considerate entrambe le cittadinanze, con la conseguenza di

riconoscere la competenza ai giudici di due Stati membri.

Al riguardo, la Corte di giustizia ha precisato che i criteri di attribuzione della competenza giurisdizionale indicati all'art. 3, n. 1, lett. *a.* e *b.*, del regolamento n. 2201/2003 sono alternativi; il sistema di ripartizione delle competenze introdotto dal regolamento n. 2201/2003 in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale non mira ad escludere competenze giurisdizionali multiple. È, invece, prevista espressamente la coesistenza di più giudici competenti di pari rango. Ne consegue che i giudici degli Stati membri di cui i coniugi possiedono la cittadinanza sono competenti a conoscere delle azioni relative allo scioglimento del vincolo matrimoniale. La Corte di giustizia ha sottolineato come nell'art. 3, n. 1, lett. *b.*, non si consideri solamente la cittadinanza prevalente. Il fatto di adire, nel più breve tempo possibile, uno dei giudici competenti, per assicurarsi i vantaggi di diritto sostanziale in materia di divorzio secondo il diritto privato internazionale di un foro, non può considerarsi abusivo. Il ricorso a giudici di uno Stato membro di cui i due coniugi possiedono la cittadinanza, anche in assenza di qualunque altro elemento di collegamento con lo Stato membro medesimo, non è contrario agli obiettivi perseguiti dal regolamento.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

UNA DIRETTIVA COMUNITARIA NON TRASPOSTA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO NON PUÒ FAR NASCERE OBBLIGHI A CARICO DEI SINGOLI

Commissione Tributaria Provinciale di Milano - sez. 31
Sentenza n. 300/31/09 del 19 giugno 2009-30 luglio 2009*

URAI Spa. c. Agenzia delle Dogane – Ufficio delle Dogane di Milano 2

Ricorso avverso atto di contestazione dell'Agenzia delle Dogane - Ufficio delle Dogane di Milano 2 - Violazione dell'art. 62 del dlgo n. 504/95 - Contrasto con il diritto comunitario - Efficacia giuridica di una direttiva comunitaria scaduta, ma non recepita nell'ordinamento interno di uno Stato membro nei confronti dei singoli - Principio della diretta applicabilità nel diritto comunitario - Inidoneità delle disposizioni non recepite della direttiva n. 2003/96/Ce a dispiegare effetti giuridici negativi nei confronti dei singoli - Responsabilità dello Stato responsabile dell'inadempimento all'obbligo comunitario - Fondatezza del ricorso.

Una direttiva non può avere un effetto verticale a rovescio facendo nascere di per sé obblighi diretti a carico dei privati cittadini né le sue disposizioni possono essere invocate in quanto tali contro i singoli dato che questi sono vincolati solo agli atti legislativi e regolamentari che lo Stato, destinatario della direttiva, è obbligato ad emanare in ossequio alla stessa.

(Omissis) **In diritto**

Il ricorso è fondato.

L'Agenzia delle dogane commina la sanzione in applicazione dell'art. 62 del

* In argomento v. *infra*, p. 557 ss., il commento di MASSIMILIANO VALCADA.

dlgvo n. 504/95 che regola l'imposizione sugli oli lubrificanti e sui bitumi di petrolio.

Il comma 1 dell'articolo citato, prima della modifica apportata dalla lett. z. del comma 1 dell'art. 1, dlgvo 2 febbraio 2007, n. 26, a decorrere dal 1° giugno 2007, sanciva che *Gli oli lubrificanti (codice NC da 2710 00 87 a 2710 00 98), ferma restando la tassazione prevista dall'art. 21, comma 2, sono sottoposti ad imposta di consumo anche quando sono destinati, messi in vendita o impiegati, per usi diversi dalla combustione o carburazione.*

Poiché la norma *de quo* era in contrasto con il dettato di due direttive comunitarie del 1992 – la n. 92/81/Cee che espressamente vietava la sottoposizione ad accisa di tali prodotti a meno che non fossero destinati ad essere utilizzati e messi in vendita come combustibili e carburanti; e la n. 92/12/Cee, che consentiva agli Stati membri di avvalersi della facoltà di mantenere o istituire imposte nazionali che perseguono finalità ambientali – la Corte di giustizia europea, con sentenza del 25 settembre 2003 – in causa n. C-437/01 – affermato il contrasto dell'art. 62 citato con il diritto comunitario, condannava lo Stato italiano per inadempimento, per avere mantenuto in vita oltre il termine previsto la norma *de quo*.

Nella sentenza la Corte europea evidenziava, tra l'altro, la circostanza che la modifica legislativa apportata dal d.l. n. 452/2001 e finalizzata ad armonizzare la legislazione italiana con quella comunitaria – l'art. 6 prevedeva l'abolizione dell'imposta di cui all'art. 62 TUA ed istituiva il contributo di riciclaggio e risanamento ambientale – non aveva nella sostanza modificato alcunché dato che l'abrogazione dell'art. 62 era stata subordinata all'emanazione di un regolamento – come prescritto dall'art. 3, comma 1, lett. a. del d.l. n. 209/2002 – che non aveva mai visto la luce.

Nel 2003 il legislatore comunitario modificava il quadro normativo in materia con la direttiva n. 2003/96 del 27 ottobre 2003 che, abrogate le precedenti direttive n. 92/12/Cee e n. 92/81/Cee, consentiva agli Stati membri di scegliere se sottoporre o no ad accisa gli oli minerali anche se non utilizzati per combustione.

In particolare l'art. 14 disponeva che:

a. «gli Stati membri esentano dalla tassazione i prodotti (...), alle condizioni da essi stabilite al fine di garantire un'agevole e corretta applicazione delle esenzioni stesse e di evitare frodi, evasioni o abusi»;

b. «gli Stati membri hanno tuttavia la facoltà di tassare questi prodotti per motivi di politica ambientale, prescindendo dai livelli minimi di tassazione stabiliti nella presente direttiva».

L'art. 28 della direttiva prevedeva, inoltre, che:

1. «gli Stati membri adottano e pubblicano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, necessarie per conformarsi alla presente direttiva, entro il 31 dicembre 2003»: «essi ne informano immediatamente la Commissione»;

2. «essi applicano tali disposizioni dal 1° gennaio 2004, (...)»;

3. «quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento, all'atto della pubblicazione ufficiale»: «le modalità del riferimento sono stabilite dagli Stati membri»;

4. «gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni essenziali di diritto interno che adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva».

Il legislatore italiano non ottemperava a quanto disposto dalle norme comunitarie testé richiamate e l'Italia era condannata ancora una volta per inadempimento

con sentenza del 5 luglio 2006 in causa n. C-360/05.

Questo era il quadro normativo di riferimento vigente al 1° gennaio 2004 cui doveva ispirarsi l'Amministrazione nella valutazione del comportamento della società e nella determinazione del suo operato.

Ora, l'Agenzia delle Dogane, rilevato che la direttiva n. 2003/96 aveva abrogato a partire dal 1° gennaio 2004 le precedenti direttive n. 92/12/Cee e n. 92/81/Cee, rispetto alle quali l'art. 62 risultava incompatibile – ciò che ne aveva determinato la non applicazione fino ad allora – riteneva che, eliminato, per così dire, l'ostacolo rappresentato dalle richiamate direttive, l'art. 62 riprendesse piena efficacia conformemente agli indirizzi forniti dalla norma comunitaria, dato che il (*n.d.r.*) legislatore italiano non lo aveva mai concretamente abrogato.

A conferma della tesi svolta nelle controdeduzioni e della legittimità del suo operato l'Ufficio richiama sia la legge finanziaria 2006 che all'art. 1, comma 116, stabilisce che *L'articolo 62 del testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative, di cui al decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504, continua ad esplicare i suoi effetti (...)* sia la sentenza del 5 luglio 2007 della Corte di giustizia nei procedimenti n. C-145/06 e n. C-146/06, con la quale la Corte europea affermava la possibilità per gli Stati membri di tassare i prodotti energetici come gli oli lubrificanti impiegati per fini diversi da quelli di carburante per motori o combustibile per riscaldamento.

L'Agenzia inoltre afferma la diretta efficacia della direttiva n. 2003/96 nell'ordinamento nazionale indipendentemente da un atto di recepimento mirato del legislatore interno.

A parere dell'Agenzia la direttiva avrebbe natura *self executing* perché i precetti in essa contenuti sono chiari, univoci ed incondizionati e ciò le consentirebbe di produrre i suoi effetti non solo nei confronti degli Stati membri ma anche nei rapporti intersoggettivi con i cittadini e dunque, nel caso concreto, a danno degli stessi nei confronti dello Stato.

A parere dell'Amministrazione, nella fattispecie che ci occupa, il recepimento della direttiva sarebbe stato necessario non già per attuare la stessa ma solo per scegliere se abrogare o no la tassazione prevista dall'art. 62 del TUA, ma poiché la norma che regolamentava la materia nell'ordinamento italiano preesisteva alla direttiva e la scelta era già stato [*rectius*: stata *n.d.r.*] fatta nel 1995, con la decisione di sottoporre ad accisa gli oli minerali anche se non utilizzati per combustione, l'intervento del legislatore italiano sarebbe stato in definitiva superfluo.

A parere di questa Commissione le difese dell'Ufficio non possono essere condivise sotto un duplice profilo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, relativo all'efficacia *self executing* della direttiva n. 2003/96 la Commissione osserva quanto segue:

Con una recente sentenza, n. 3553 del 13 febbraio 2009, la Corte di cassazione ha affermato la natura "*self executing*" dell'art. 14, n. 1, lett. *a.*, della direttiva Ce del Consiglio 27 ottobre 2003, n. 2003/96, là dove dispone l'esenzione dei prodotti energetici utilizzati per la produzione di elettricità dalla tassazione prevista da tale direttiva.

Di conseguenza l'art. 14 può essere direttamente applicato una volta scaduto il termine prescritto per il recepimento, senza che possa valere in contrario l'espressa

previsione del potere degli Stati membri di stabilire «condizioni (...) e della facoltà degli stessi Stati di "tassare questi prodotti per motivi di politica ambientale" (...)». Ciò in considerazione del fatto che la Corte di giustizia ha precisato che tale previsione non esclude il carattere incondizionato dell'obbligo di esenzione fiscale.

Tuttavia l'affermazione della natura *self executing* dell'art. 14, che parrebbe confortare la tesi sostenuta dall'Amministrazione doganale, non può portare alle conclusioni prospettate dall'Ufficio.

Infatti se è indubbio che le direttive comunitarie incondizionate e sufficientemente precise sono *self executing* negli ordinamenti interni, applicandosi direttamente a favore dell'amministrato per garantirlo contro norme nazionali vessatorie e contrastanti con la disciplina comunitaria, è altrettanto certo che questo criterio non può essere utilizzato a favore dallo Stato amministrante, che – destinatario del principio comunitario – non l'abbia recepito. In caso contrario lo Stato inadempiente si troverebbe, senza alcuna legittima ragione, a trarre vantaggio dalle proprie inosservanze.

Una direttiva non può avere un *effetto verticale a rovescio* facendo nascere di per sé obblighi diretti a carico dei privati cittadini né le sue disposizioni possono essere invocate in quanto tali contro i singoli dato che questi sono vincolati solo agli atti legislativi e regolamentari che lo Stato, destinatario della direttiva, è obbligato ad emanare in ossequio alla stessa.

In questo senso si è pronunciata la sezione tributaria della Corte di cassazione con la sentenza n. 18219 del 29 agosto 2007 che ha ribadito, richiamando la giurisprudenza di merito e di legittimità nonché quella della Corte di giustizia, come il principio di supremazia del diritto comunitario operi esclusivamente a favore dell'amministrato e non possa essere invocato, in materia di applicazione diretta, dallo Stato inadempiente nel recepimento.

I giudici di legittimità hanno peraltro riconosciuto la necessità di temperare tale principio con quello che obbliga il giudice nazionale ad interpretare il proprio diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per cercare di conseguire il risultato utile contemplato dall'art. 249, comma 3, del Trattato.

Si tratta della c.d. *interpretazione conforme*, invocabile sia nelle controversie "verticali" sia in quelle "orizzontali" nelle quali la direttiva non potrebbe esser fatta valere dinanzi ad un giudice nazionale da un soggetto privato contro un altro soggetto.

Dunque, mentre il giudice non può basarsi su una direttiva non attuata per modificare in senso sfavorevole al singolo l'interpretazione di una disposizione interna istituendo od aggravando una responsabilità non desumibile dal contesto nazionale – per questa via si renderebbe operante nei confronti del singolo il portato di una direttiva non ancora recapita nell'ordinamento, in violazione dei principi generali di certezza del diritto e di irretroattività salvaguardati dal diritto comunitario – tuttavia egli può utilizzare il contenuto generale della direttiva per giungere ad un'interpretazione aderente degli elementi già ricavabili dal contesto normativo nazionale.

Ora, anche utilizzando il criterio dell'interpretazione conforme, per il quale la supremazia del diritto comunitario rispetto all'ordinamento nazionale opera indipendentemente dall'effetto che produce e dal soggetto nei confronti del quale si fa valere, il contrasto della norma nazionale, di cui si invoca la riviviscenza, con il det-

tato comunitario emerge senza alcun dubbio ed è tale da rendere illegittimo l'operato dell'Amministrazione fiscale.

Né conforta l'operato dell'Ufficio il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

Le sentenze della Corte hanno un'efficacia simile a quella, *self executing*, propria dei regolamenti e delle direttive comunitarie perché si applicano direttamente nell'ordinamento interno di ciascuno Stato membro e concorrono a formare il c.d. "diritto vivente" dell'Unione europea.

Esse, infatti, sono efficaci *erga omnes* e si applicano non solo alla controversia pendente innanzi al giudice nazionale che ha richiesto, in via di rinvio pregiudiziale, l'intervento del giudice comunitario, ma a tutte le controversie aventi ad oggetto la stessa questione di diritto risolta dal giudice comunitario. Tale efficacia è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale a tutte le sentenze emesse dal giudice comunitario, comprese quelle che definiscono un procedimento di infrazione aperto dalla Commissione nei confronti di uno degli Stati membri.

Ora, per quanto riguarda il caso concreto, la giurisprudenza comunitaria si è pronunciata in materia una prima volta con la sentenza del 25 settembre 2003 – in causa n. C-437/01, accertando il contrasto dell'art. 62 citato con il diritto comunitario e, una seconda volta, con la sentenza pronunciata il 5 luglio [*rectius*: ottobre *n.d.r.*] 2006 in causa n. C-360/05, condannando ancora lo Stato italiano per inadempimento verso la direttiva n. 2003/96 per non avere adeguato la normativa interna a quella comunitaria.

La sentenza della Corte di giustizia, pronunciata nei procedimenti riuniti n. C-145/06 e n. C-146/06, il 5 luglio 2007, e richiamata dall'Ufficio a supporto delle sue argomentazioni, lungi dall'esprimersi sulla legittima applicazione, da parte dell'Amministrazione doganale, dell'art. 62 prima dell'intervento legislativo di adeguamento del dlgo n. 504/95 alla direttiva n. 2003/96, si limita ad affermare che la direttiva n. 2003/96 non osta a che una normativa nazionale preveda la riscossione di un'imposta di consumo gravante sugli oli lubrificanti messi in vendita per usi diversi da quelli di carburante per motori o combustibile per riscaldamento.

Appare arduo, tenuto conto del contesto normativo e giurisprudenziale appena richiamato, affermare la legittimità della ripresa fiscale operata dall'Agenzia delle dogane.

Infine, ed è questo il secondo motivo di critica rivolto alla difesa dell'Ufficio, che ha ignorato totalmente questo aspetto della questione, il legislatore comunitario con la direttiva n. 2003/96/Ce ha ristrutturato il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità riconoscendo, all'art. 14, la facoltà per gli Stati membri di tassare i prodotti indicati, fin lì esenti, prescindendo dai livelli minimi di tassazione stabiliti nella direttiva, *per motivi di politica ambientale*.

Ora, la norma di cui all'art. 62 del dlgo n. 504/95 è rimasta assolutamente invariata fino al 2007, quando con il dlgo 2 febbraio 2007, n. 26, che porta in epigrafe l'intestazione *Attuazione della direttiva n. 2003/96/Ce che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità*, il legislatore italiano è finalmente intervenuto sul complesso della materia, – nell'art. 62 sono state sostituite le parole: «(codice NC da 2710 00 87 a 2710 00 98)» con le seguenti: «(codice NC da 2710 19 81 a 2710 19 99)» – fissando la decorrenza del provvedi-

mento legislativo al 1° giugno 2007 e specificando che le parole: «oli minerali», ovunque ricorrenti nel dlgs n. 504/95, dovevano intendersi sostituite da «prodotti energetici» e le parole: «metano» e «gas metano», ovunque ricorrenti, dovevano intendersi sostituite da: «gas naturale».

Nel periodo di tempo che va dal 1° gennaio 2004 fino al 1° giugno 2007, data di entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva n. 2003/96/Ce, la norma contenuta nell'art. 62 non era stata adeguata alla direttiva che – giova sottolinearlo ancora una volta – prevedeva la facoltà di tassare i prodotti di cui si tratta solo per finalità ambientali. Come poteva l'art. 62, che non aveva in partenza altra finalità che quella tributaria, modificare *in itinere* la propria natura trasformandosi in prelievo di carattere ambientale senza che vi fosse stato un intervento mirato del legislatore in tal senso? Ciò comporta la irrimediabile non corrispondenza della norma interna con le disposizioni comunitarie.

Inoltre, come emerge dalla lettura dell'art. 28 della direttiva n. 2003/96/Ce, questa imponeva agli Stati membri di comunicare alla Commissione *il testo delle disposizioni essenziali di diritto interno che adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva*.

Lo Stato italiano era tenuto, dunque, a comunicare alla Commissione anche il testo delle disposizioni motivate da finalità di politica ambientale che l'ordinamento comunitario consentiva, per la prima volta, con la direttiva del 2003 e che pertanto, logicamente e necessariamente, non potevano che essere adottate dopo l'emanazione della direttiva stessa.

Nella fattispecie che ci occupa, invece la norma, nata nel 1995, preesisteva alla normativa comunitaria in discussione, la sua natura *ab origine*, come già rilevato, era ben diversa da quella di prelievo ambientale richiesto dalla Commissione europea né, fino al 2007, il legislatore interno ha disposto alcun intervento di attuazione della direttiva n. 2003/96.

Infine, lo Stato italiano non ha dato nessuna comunicazione in ordine all'eventuale mantenimento della stessa od all'adozione di altra norma per fini di *politica ambientale*, contravvenendo, anche sotto questo profilo, al dettato del legislatore comunitario.

La Commissione, pertanto, ritenuto non sussistano i presupposti per il rinvio degli atti innanzi alla Corte di giustizia europea, trovando la questione sollevata da parte ricorrente soluzione con riferimento al complesso normativo esistente così chiarito, accoglie il ricorso ed annulla l'atto impugnato. Tenuto conto dell'esito del giudizio, della peculiarità e complessità della questione trattata sussistono giusti motivi di compensazione integrale delle spese di lite.

(*Omissis*)

UNA DIRETTIVA COMUNITARIA NON TRASPOSTA NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE NON PUÒ DISPIEGARE EFFETTI PREGIUDIZIEVOLI NEI CONFRONTI DEI SINGOLI

Sommario: *Premesse - 1. I fatti di causa - 2. Il contenzioso instaurato - I. Analisi della fattispecie di causa - II. Valutazioni giuridiche - 1. I principi disattesi dall'amministrazione italiana - a. Il primo principio - b. Il secondo principio - 2. Le violazioni commesse dall'Amministrazione italiana nella fattispecie in esame - III. Conclusioni.*

Premesse

La materia esaminata nella sentenza sopra riportata, è già stata oggetto di una precedente decisione della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, ripresa e commentata nel n. 1/2009 di questa *Rivista*¹. In tale pronuncia l'argomento oggetto d'esame riguardava la legittimità di una pretesa dell'Agenzia delle Dogane di Milano relativa alla riscossione di un tributo applicato ad un prodotto soggetto ad accisa, mentre nella fattispecie in commento, come verrà in seguito diffusamente chiarito, si discute circa la legittimità delle sanzioni amministrative irrogate dalla stessa Agenzia delle Dogane a causa della mancata corresponsione del predetto tributo (pagamento di accisa).

1. I FATTI DI CAUSA

Ai fatti di causa, riportati in modo stringato nella sentenza in commento, appare utile aggiungerne alcuni altri che consideriamo illuminanti per una miglior comprensione dei motivi che stanno alla base della decisione qui esaminata.

¹ Cfr. E. ADOBATI, *Le direttive comunitarie, per poter dispiegare efficacia diretta nei confronti dei singoli, devono essere prima recepite nell'ordinamento interno di uno Stato membro*, in questa *Rivista*, 2009 p. 102 ss.

In data 17 marzo 2004, l'Agenzia delle Dogane di Milano ha effettuato, presso gli uffici di Urai Spa (ricorrente), un controllo per verificare il pagamento delle accise (imposte di consumo) in conformità all'art. 62 del dlgs n. 504/92, su prodotti, contenenti oli minerali, provenienti dall'Olanda, impiegati come "antischiuma" dai clienti di Urai nella produzione di idropitture murali.

Il periodo oggetto di verifica copriva gli anni dal 1999 al 17 marzo 2004.

I prodotti controllati provenivano dalla società olandese Sasol Servo BV, di cui Urai è distributore/rappresentante in Italia. Tali prodotti, confezionati in contenitori sigillati dal produttore olandese, dopo l'arrivo dall'Olanda venivano immagazzinati presso il deposito di una società collegata ad Urai Spa, la Sinteco Srl. La commercializzazione dei prodotti nei contenitori originali veniva effettuata sulla base dei codici della nomenclatura combinata comunitaria forniti direttamente dal produttore olandese. La voce doganale che il produttore olandese ha sempre indicato sui documenti inviati ad Urai è: NC 38249099 (ex 38249095). I prodotti che appartengono a tale voce non risultano composti di oli minerali e non sono sottoposti ad alcuna accisa.

Nel corso della verifica veniva prelevato un campione dei prodotti da sottoporre ad analisi al fine di controllarne la legittimità alla luce delle disposizioni di legge applicabili.

Il giorno 18 marzo 2004, presso i depositi della citata società Sinteco Srl, che deteneva i prodotti di Urai, venivano prelevati ulteriori tre campioni da sottoporre a verifica.

L'anno successivo, il giorno 15 marzo 2005, l'Agenzia delle Dogane di Milano comunicava ad Urai il risultato delle analisi effettuate l'anno precedente, che attestavano la presenza di oli minerali in tre dei quattro campioni prelevati.

Di conseguenza, l'Agenzia delle Dogane di Milano notificava a Urai, in data 12 ottobre 2005, un avviso di pagamento per l'importo di euro 8.621,36 per aver: «(...) *omesso il pagamento dell'imposta di consumo gravante sui lubrificanti contenuti nei prodotti antischiuma acquistati dalla Comunità europea – in particolare dalla società olandese Sasol Servo BV – per complessivi kg 12530 contenenti varie percentuali di oli lubrificanti (...)*», segnalando l'irrogazione delle relative sanzioni.

2. IL CONTENZIOSO INSTAURATO

Tale avviso è stato impugnato da Urai davanti alla competente Commissione Tributaria di Milano che, con sentenza n. 189/07 del 30 maggio 2007, ha respinto il ricorso.

Questa sentenza è stata tempestivamente appellata davanti alla Commissione Tributaria Regionale della Lombardia che, accogliendo l'appello di Urai,

ha negato, con sentenza in data 27 gennaio 2009 (n. 05/14/09)² il diritto dell'Agenzia delle Dogane di pretendere il pagamento delle accise nella fattispecie di causa.

La causa è attualmente pendente davanti alla Corte di cassazione.

Prima della pronuncia della Commissione Tributaria Regionale, in data 11 novembre 2008, appena menzionata, l'Agenzia delle Dogane irrogava ad Urai la sanzione pecuniaria prevista dall'ordinamento nazionale per la violazione commessa.

Ancor prima della sanzione pecuniaria era stata applicata la sanzione penale prevista in caso di introduzione di merci in Italia soggette ad accisa per le quali non risultava effettuato il pagamento del relativo tributo.

Anche contro la pretesa dell'Agenzia delle Dogane di irrogare sanzioni penali è stata introdotta tempestiva opposizione da parte di Urai e il relativo procedimento risulta ora pendente davanti alla Corte di appello penale di Milano.

Dell'ampio contenzioso appena descritto, la sentenza sopra riportata, e qui commentata, ha risolto, in favore di Urai, l'aspetto relativo alla legittimità dell'irrogazione della sanzione pecuniaria per il mancato pagamento delle accise, con riferimento ad una fattispecie nella quale è stata riconosciuta, con la citata sentenza della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, l'insussistenza dell'obbligo di pagamento delle accise medesime.

I. Analisi della fattispecie di causa

Come si può dedurre dai fatti di causa sopra descritti, nella fattispecie in esame l'Amministrazione delle Dogane ha preteso il pagamento di una sanzione amministrativa per il mancato pagamento dell'accisa prevista dall'art. 62 del dlgs n. 504/95, che risulta applicabile, in generale, tanto agli oli minerali, come tali, utilizzati per la combustione o la carburazione, quanto a prodotti differenti contenenti oli minerali anche se utilizzati per scopi diversi dalla combustione o dalla carburazione.

A tal proposito si osserva che la pretesa di pagamento del tributo risultava in contrasto con le disposizioni delle direttive comunitarie n. 92/12³ e n. 92/81⁴ per cui l'Italia, a seguito di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, è stata condannata dalla Corte di giustizia ad abrogare

² V. il testo della sentenza in questa *Rivista*, 2009, p. 95.

³ Direttiva n. 92/12/Cee del Consiglio, del 25 febbraio 1992, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa, in *Guce* n. L 76 del 23 marzo 1992, p. 1 ss.

⁴ Direttiva n. 92/81/Cee del Consiglio, del 19 ottobre 1992, relativa all'armonizzazione delle strutture delle accise sugli oli minerali, in *Guce* n. L 316 del 31 ottobre 1992, p. 12 ss.

il predetto art. 62 del dlgs n. 504/95.

Prima dell'emissione, in data 25 settembre 2003, della citata sentenza di condanna nella causa n. C-437/01⁵, lo Stato italiano ha disposto l'abrogazione dello stesso art. 62, a partire dal 1° ottobre 2002, mediante un decreto legge del 2001 convertito nella legge n. 16/2002.

Tale abrogazione, però, come ha rilevato la stessa Corte di giustizia nella citata sentenza in causa n. C-437/01, risultava subordinata, secondo l'art. 3 del d.l. n. 209/02, all'entrata in vigore di un provvedimento, previsto dall'art. 7 della citata legge n. 16/02, che non è mai stato emanato.

La conseguenza è stata, quindi, che l'art. 62 del dlgs n. 504/95, dichiarato illegittimo dalla Corte di giustizia, e formalmente abrogato, non è mai stato cancellato dal nostro ordinamento giuridico, pur non risultando concretamente applicato dall'Amministrazione competente dopo il 1° ottobre 2002.

La via scelta dalla Repubblica italiana per "adeguare" l'ordinamento nazionale alla pronuncia della Corte di giustizia rappresenta, di per sé, un illecito di natura comunitaria.

Nella menzionata sentenza del 25 settembre 2003 in causa n. C-437/01, la Corte di giustizia ha statuito infatti che la Repubblica italiana:

«(...) mantenendo in vigore con l'art. 62 primo comma del dlgs 26 ottobre 1995 n. 504 - Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative -, un'imposta sul consumo degli oli lubrificanti alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, ha violato gli obblighi ad essa imposti dall'art. 3, n. 2, della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, n. 92/12/Cee e dell'art. 8, n. 1, lett. a. della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, n. 92/81/Cee (...).»

Per l'ordinamento giuridico comunitario, l'art. 62 del dlgs n. 504/92 è illegittimo. La Repubblica italiana aveva dunque l'obbligo di conformare il proprio ordinamento alla citata sentenza di condanna della Corte di giustizia.

L'Italia avrebbe dovuto pertanto adottare una disposizione che abrogava, *tout court*, la norma dichiarata incompatibile dalla Corte di giustizia.

Sul punto la giurisprudenza comunitaria è consolidata; la Corte di giustizia ha da tempo precisato i doveri degli Stati membri condannati al termine di un ricorso per infrazione. La Corte ha statuito che una sentenza di condanna

«(...) se accerta l'incompatibilità con il Trattato di talune disposizioni legislative di uno Stato membro, implica per le autorità che partecipano all'esercizio del potere legislativo, l'obbligo di modificare tale disposizione in modo da con-

⁵ In *Raccolta*, 2003, I, p. 9861 ss.

formarle alle esigenze del diritto comunitario. I giudici dello Stato membro interessato - dal canto loro - devono garantire l'osservanza della sentenza nell'espletamento dei loro compiti (...)»⁶.

La Corte di giustizia è stata ancora più chiara in relazione alle modalità con le quali gli Stati membri hanno l'obbligo di modificare il loro ordinamento giuridico per adattarlo al diritto comunitario:

«(...) Infatti, secondo una costante giurisprudenza, il conservare immutata, nella normativa di uno Stato membro, una disposizione incompatibile col diritto comunitario (...) determina una situazione di fatto ambigua lasciando gli amministratori in uno stato d'incertezza circa le possibilità di cui dispongono di valersi del diritto comunitario; questo stato di cose costituisce quindi, da parte dello Stato membro interessato, un inadempimento degli obblighi impostigli dal Trattato (in particolare, sentenza 26 aprile 1988, causa 74/86, Commissione c. Germania, Raccolta, p. 2139, punto 10). Inoltre, la Corte ha più volte ricordato come l'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni comunitarie possa essere definitivamente soppressa solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare (in particolare, sentenza 15 ottobre 1986, causa 168/85, Commissione c. Italia, Raccolta, p. 2945, punto 13). A questo proposito, è sufficiente rilevare come né la circolare, né il semplice rinvio al regolamento effettuato nella nota a fondo pagina possano essere qualificati come disposizioni interne dotate del valore giuridico predetto»⁷.

In sintesi, se la Repubblica italiana avesse, come dovuto, direttamente abrogato la norma nazionale già giudicata incompatibile con il diritto comunitario dalla Corte di giustizia, tutti i contenziosi sopra descritti non sarebbero neppure sorti dal momento che l'ordinamento giuridico nazionale non avrebbe da tempo più contenuto la norma sulla base della quale l'Agenzia delle Dogane di Milano ha agito.

Pertanto, a partire dal 1° ottobre 2002, Urai e le altre imprese italiane del settore non sono state assoggettate ad alcun controllo volto a verificare il pagamento delle accise per quanto riguarda i prodotti (ad esempio: antischiu-ma) contenenti oli minerali non destinati alla combustione (ad esempio: per la produzione di calore o di energia) o alla carburazione (ad esempio: per il funzionamento dei veicoli a motore).

⁶ *Ex plurimis*, sentenza del 14 dicembre 1982 in cause riunite n. 314/81, n. 315/81, n. 316/81 e n. 83/82, *Procuratore della Repubblica c. Waterkeyn*, in *Raccolta* 1982, p. 4337 ss.

⁷ Sentenza del 13 luglio 2000 in causa n. C-160/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6137, punti 21-24.

Successivamente alla menzionata sentenza di condanna della Corte di giustizia del 25 settembre 2003, la Comunità europea ha adottato, in data 27 ottobre 2003, la direttiva n. 2003/96⁸ che, abrogando le precedenti direttive n. 92/12 e 92/81 sopra citate, ha consentito agli Stati membri di decidere se sottoporre ad accisa i prodotti contenenti oli minerali anche se non destinati alla combustione o alla carburazione.

Tale direttiva avrebbe dovuto essere recepita da tutti gli Stati membri entro il 31 dicembre 2003.

L'Italia non ha provveduto a tale recepimento per cui è stata sottoposta ad un altro procedimento di infrazione che è terminato con una nuova sentenza di condanna emessa il 5 ottobre 2006 in causa n. C-360/05⁹.

Dal punto di vista giuridico, pertanto, in Italia, come già ricordato, l'art. 62 del dlgo n. 504/995, pur essendo stato formalmente abrogato dal 1° ottobre 2002, è risultato quiescente per effetto del citato art. 3 della legge n. 209/02, senza trovare applicazione concreta fino al 31 dicembre 2003.

Nessuna disposizione normativa è stata comunque adottata, nel frattempo, dallo Stato italiano che, come abbiamo visto, non ha neppure provveduto a recepire tempestivamente la direttiva Ce n. 2003/96 sulla cui base avrebbe potuto reintrodurre, questa volta legittimamente, l'accisa su prodotti contenenti oli minerali, anche se non destinati alla combustione o alla carburazione.

Ciononostante, l'Agenzia delle Dogane di Milano, come risulta dall'esposizione dei fatti, sopra riportata, ha preteso di applicare l'accisa ad Urai Spa per tutti i prodotti commercializzati dopo il 1° gennaio 2004.

Come espressamente dichiarato dall'Agenzia delle Dogane, tale pretesa doveva considerarsi correttamente fondata sulla direttiva Ce n. 2003/96 che, avendo consentito agli Stati membri di decidere se applicare l'accisa ai prodotti contenenti oli minerali anche se non destinati alla combustione o alla carburazione, implicitamente autorizzava il nostro Stato a far rivivere, a partire dalla mezzanotte del 31 dicembre 2003, l'art. 62 del dlgo n. 504/1995¹⁰.

Come si vede, si tratta di una pretesa assurda sotto il profilo logico-giuridico e, per di più, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁸ Direttiva n. 2003/96/Ce del Consiglio, del 27 ottobre 2003, che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, in *Gu-Ue* n. L 283 del 31 ottobre 2003, p. 51 ss.

⁹ In *Raccolta*, 2006, I, p. 104*, pubblicazione sommaria.

¹⁰ Articolo, come sappiamo, dichiarato illegittimo dalla Corte di giustizia, abrogato dallo Stato italiano ma rimasto quiescente nell'ordinamento italiano senza trovarvi un'applicazione concreta.

II. Valutazioni giuridiche

La controversia che ha dato origine all'ampio e complesso contenzioso di cui è stata sopra fornita la descrizione, non sarebbe neppure sorta se l'Amministrazione pubblica italiana (Agenzia delle Dogane di Milano) avesse osservato ed applicato due principi da molto tempo seguiti e ormai consolidati nella giurisprudenza comunitaria.

1. I PRINCIPI DISATTESI DALL'AMMINISTRAZIONE ITALIANA

a. *Il primo principio*

Conformemente al primo principio, una direttiva comunitaria, non ancora recepita nell'ordinamento nazionale di uno Stato membro, non può dispiegare efficacia nei confronti dei singoli (cittadini, operatori economici, etc.).

Ciò si desume chiaramente dalla stessa formulazione dell'art. 249, terzo comma, del Trattato istitutivo della Comunità europea¹¹, secondo cui la direttiva comunitaria non è un atto per il quale sia prevista la diretta applicabilità all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali (come invece è previsto per i regolamenti comunitari).

La direttiva, pertanto, per dispiegare efficacia all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, nei confronti dei singoli, deve essere prima recepita negli ordinamenti medesimi.

Come è noto, secondo la Corte di giustizia è consentito ad una direttiva non ancora recepita di essere invocata dai singoli in un solo caso: quando essa contiene disposizioni chiare e precise che attribuiscono diritti o vantaggi ai singoli medesimi.

Soltanto in tal caso la direttiva non ancora recepita può essere invocata dai singoli nei confronti dello Stato o della Pubblica autorità¹².

La Corte di giustizia ha ripetutamente affermato questo principio nelle sue sentenze¹³.

b. *Il secondo principio*

In base al secondo principio, la direttiva comunitaria, non ancora recepita nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, non può, nel modo più

¹¹ «La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi».

¹² Cfr. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 349 ss.; ID., *L'efficacia orizzontale delle direttive comunitarie secondo una giurisprudenza incompiuta*, in questa *Rivista*, 1994, p. 51 ss.

¹³ Cfr. sentenze del 5 aprile 1979 in causa n. 148/78, *Ratti*, in *Raccolta*, 1979, p. 1629 e del 6 maggio 1980 in causa n. 102/79, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1980, p. 1473 ss., punto 12.

assoluto, dispiegare effetti pregiudizievoli nei confronti dei singoli.

Di conseguenza, le disposizioni di una direttiva che comportano effetti pregiudizievoli non possono essere invocate dall'Amministrazione pubblica nei confronti dei singoli per costringerli a comportamenti lesivi dei propri interessi (ad esempio: pagamento di imposte, osservanza di regole più restrittive) o per assoggettarli a sanzioni di qualsiasi natura (penali, pecuniarie, amministrative).

Come ha ripetutamente dichiarato la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, l'Amministrazione pubblica, se intende dare applicazione alle disposizioni di una direttiva che producono effetti penalizzanti o comunque pregiudizievoli nei confronti dei singoli, deve prima accertarsi che la direttiva di riferimento sia stata correttamente recepita all'interno del proprio ordinamento nazionale, diversamente la stessa diventa inopponibile ai singoli.

Come è noto, la giurisprudenza della Corte di giustizia è ormai consolidata in tal senso.

È sufficiente, a questo proposito, riportare alcuni passi delle motivazioni di due sentenze fondamentali della Corte di giustizia per rendersi conto dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato cui sopra si è fatto cenno.

Il primo passo, di seguito riportato, è ripreso da una sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 1987¹⁴ nella quale si afferma che:

«(...) da una direttiva non trasposta nell'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro non possono derivare degli obblighi per i singoli, né nei confronti di altri singoli, né, a fortiori, (...) di conseguenza, la direttiva n. 78/659, sulla qualità delle acque dolci che richiedono protezione o miglioramento per essere idonee alla vita dei pesci, non può avere l'effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono trasgredendone le disposizioni».

Il secondo passo è ripreso da una sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 1996¹⁵ in cui si afferma che:

«(...) in mancanza di trasposizione completa, entro il termine stabilito, della direttiva di cui è causa, e quindi dell'art. 3 della medesima, nonché della direttiva del Consiglio n. 83/513, concernente i valori limite e gli obiettivi di qualità per gli scarichi di cadmio, da parte di uno Stato membro, un'autorità pubblica di tale Stato non può far valere il detto art. 3 nei confronti di un singolo, dato che tale possibilità è prevista solo a favore dei singoli e nei confronti dello "Stato membro cui è rivolta" (...)».

¹⁴ In causa n. 14/86, *Pretore di Salò*, in *Raccolta*, 1987, p. 2545.

¹⁵ In causa n. C-168/95, procedimento penale a carico di *Luciano Arcaro*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4705.

2. LE VIOLAZIONI COMMESSE DALL'AMMINISTRAZIONE ITALIANA NELLA FATTISPECIE IN ESAME

Nella fattispecie della causa decisa con la sentenza qui esaminata, l'Amministrazione pubblica pretende di applicare, nei confronti di un'impresa (Urai), dal 1° gennaio 2004, una sanzione per il mancato pagamento di un tributo (che, fino al giorno prima, 31 dicembre 2003, non veniva applicato) sulla base della direttiva n. 2003/96 che lo Stato italiano non aveva neppure recepito.

La violazione dei più elementari principi posti a tutela dei diritti dei singoli appare evidente.

Come poteva il singolo cittadino (operatore economico) sapere, in data 1° gennaio 2004, che una norma dichiarata illegittima nonché abrogata e, pertanto, inoperante fino al 31 dicembre 2003, potesse trovare applicazione il giorno successivo sulla base di una direttiva comunitaria (n. 2003/96) che lo Stato italiano neppure aveva provveduto a recepire nel suo ordinamento?

Da quale testo di legge il singolo cittadino (operatore economico) avrebbe potuto dedurre che, al 1° gennaio 2004, il mancato pagamento di un'accisa, fino al giorno prima non dovuta perché in precedenza dichiarata illegittima (e, di fatto, considerata abrogata dalla stessa amministrazione nazionale che sino al 31 dicembre 2003 non ha provveduto a richiedere ad alcun operatore economico il pagamento dell'accisa di cui si discute), avrebbe comportato, da un lato, il recupero forzoso del relativo importo e, dall'altro lato, l'applicazione di penalità amministrative pecuniarie, nonché di gravi sanzioni penali?

Nella fattispecie che qui interessa, trattandosi di stabilire la legittimità della penalità amministrativa pecuniaria irrogata ad Urai, sembra chiaro che è stato addirittura disatteso il principio «*nulla poena sine lege*» dato che nessuna disposizione di legge aveva imposto ad Urai, in modo legalmente valido, il comportamento da tenere, con indicazione delle conseguenze che avrebbe subito in termini di sanzioni in caso di inosservanza.

In ogni caso, avendo l'Amministrazione italiana preteso di applicare una direttiva comunitaria non recepita, occorre riconoscere che ciò è in palese contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia che esclude l'irrogazione di una qualsiasi sanzione in un'ipotesi analoga a quella decisa dalla sentenza qui commentata.

Lo stesso orientamento è stato seguito dalla giurisprudenza italiana e, in particolare, da quella della Corte di cassazione.

In effetti la Corte di cassazione ha affermato che:

«l'articolo 189 del Trattato istitutivo della Comunità europea [ora art. 249] riconosce soltanto ai regolamenti efficacia immediata e diretta nell'ambito degli ordinamenti interni e stabilisce che le direttive vincolano gli Stati membri unicamente in ordine al risultato (...) Ne deriva che le

direttive non possono costituire fonte regolatrice di situazioni intersoggettive nel medesimo ambito dovendo tale fonte ravvisarsi esclusivamente nell'atto con il quale lo Stato destinatario della direttiva abbia adempiuto l'obbligo, posto a suo carico, di ottemperarvi»¹⁶.

Appare evidente, pertanto, che l'Amministrazione italiana, nella fattispecie in esame, ha disatteso l'indirizzo seguito tanto dalla Corte di giustizia, quanto dalla Corte di cassazione, attribuendosi non soltanto il potere di imporre ai singoli il pagamento di un tributo che, in base alla normativa comunitaria non aveva titolo di imporre, ma anche quello di irrogare una sanzione per il mancato pagamento del tributo medesimo.

E, per di più, l'Amministrazione si attribuisce entrambi i poteri sulla base della direttiva n. 2003/96, che neppure è stata tempestivamente recepita, commentando così un'altra specifica infrazione, tanto è vero che lo Stato italiano, a causa del mancato recepimento, è stato sottoposto, come già segnalato, ad un'ulteriore procedura di infrazione che ha portato ad una nuova sentenza di condanna in data 5 luglio 2006 al termine della citata causa n. C-360/05¹⁷.

III. Conclusioni

Gli argomenti giuridici in precedenza svolti sono stati tutti presi in considerazione nella sentenza della Commissione tributaria sopra riportata e qui commentata, che ha correttamente negato all'Agenzia delle dogane di Milano il potere di applicare sanzioni all'impresa Urai Spa nella fattispecie in esame.

Ma la Commissione Tributaria Provinciale di Milano, nella sua sentenza, ha sviluppato anche un altro argomento in aggiunta a quelli sopra esaminati.

Considerata la fondatezza e la pertinenza di questo argomento, si ritiene opportuno riportare per esteso il passo della motivazione della sentenza che qui interessa.

Dice infatti la sentenza:

«Infine, ed è questo il secondo motivo di critica rivolto alla difesa dell'Ufficio, che ha ignorato totalmente questo aspetto della questione, il legislatore comunitario con la direttiva n. 2003/96/Ce ha ristrutturato il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità riconoscendo, all'art. 14, la facoltà per gli Stati membri di tassare i prodotti indicati, fin lì esenti, prescindendo dai livelli minimi di tassazione stabiliti nella direttiva, per motivi di politica ambientale.

¹⁶ Cfr. sentenza della Corte di cassazione, sezione II civile, del 27 febbraio 1995 n. 2275.

¹⁷ Cfr. *supra*, nota 9.

Ora, la norma di cui all'art. 62 del d.lgs. n. 504/95 è rimasta assolutamente invariata fino al 2007, quando con il d.lgs. 2 febbraio 2007, n. 26, che porta in epigrafe l'intestazione Attuazione della direttiva n. 2003/96/Ce che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, il legislatore italiano è finalmente intervenuto sul complesso della materia, – nell'art. 62 sono state sostituite le parole: "(codice NC da 2710 00 87 a 2710 00 98)" con le seguenti: "(codice NC da 2710 19 81 a 2710 19 99)" – fissando la decorrenza del provvedimento legislativo al 1° giugno 2007 e specificando che le parole: "oli minerali", ovunque ricorrenti nel d.lgs. 504/95, dovevano intendersi sostituite da "prodotti energetici" e le parole: "metano" e "gas metano", ovunque ricorrenti, dovevano intendersi sostituite da: "gas naturale".

Nel periodo di tempo che va dal 1° gennaio 2004 fino al 1° giugno 2007, data di entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva n. 2003/96/Ce, la norma contenuta nell'art. 62 non era stata adeguata alla direttiva che – giova sottolinearlo ancora una volta – prevedeva la facoltà di tassare i prodotti di cui si tratta solo per finalità ambientali. Come poteva l'art. 62, che non aveva in partenza altra finalità che quella tributaria, modificare in itinere la propria natura trasformandosi in prelievo di carattere ambientale senza che vi fosse stato un intervento mirato del legislatore in tal senso? Ciò comporta la irrimediabile non corrispondenza della norma interna con le disposizioni comunitarie.

Inoltre, come emerge dalla lettura dell'art. 28 della direttiva n. 2003/96/Ce, questa imponeva agli Stati membri di comunicare alla Commissione il testo delle disposizioni essenziali di diritto interno che adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva.

Lo Stato italiano era tenuto, dunque, a comunicare alla Commissione anche il testo delle disposizioni motivate da finalità di politica ambientale che l'ordinamento comunitario consentiva, per la prima volta, con la direttiva del 2003 e che pertanto, logicamente e necessariamente, non potevano che essere adottate dopo l'emanazione della direttiva stessa.

Nella fattispecie che ci occupa, invece la norma, nata nel 1995, preesisteva alla normativa comunitaria in discussione, la sua natura ab origine, come già rilevato, era ben diversa da quella di prelievo ambientale richiesto dalla Commissione europea né, fino al 2007, il legislatore interno ha disposto alcun intervento di attuazione della direttiva n. 2003/96.

Infine, lo Stato italiano non ha dato nessuna comunicazione in ordine all'eventuale mantenimento della stessa od all'adozione di altra norma per fini di politica ambientale, contravvenendo, anche sotto questo profilo, al dettato del legislatore comunitario».

Inoltre, la Commissione tributaria provinciale adita ha ritenuto che la pretesa dell'Agenzia delle Dogane di Milano non potesse neppure essere "recuperata" sulla base di un'interpretazione conforme della normativa nazionale rispetto alla direttiva comunitaria¹⁸.

Infatti la diversa finalità delle due discipline (di carattere tributario la disciplina italiana, con finalità ambientale l'eventuale imposizione comunitaria) non permette all'interprete di raggiungere quanto teoricamente permesso dalla norma comunitaria.

In conclusione, in ogni caso, nella sentenza in commento la Commissione Tributaria provinciale di Milano ha esattamente individuato i termini della violazione commessa dall'Agenzia delle dogane sotto il profilo sostanziale. In effetti, la violazione contestata non è che la logica conseguenza dell'assurda pretesa della predetta Agenzia delle dogane di applicare, in astratto, la direttiva comunitaria n. 2003/96 direttamente nei confronti di Urai senza che la stessa fosse prima recepita nell'ordinamento italiano.

La sentenza in commento ha messo bene in evidenza che la pretesa dell'Agenzia delle dogane avrebbe comportato l'applicazione, nei confronti di Urai, di una norma diversa da quella che avrebbe trovato applicazione se la direttiva n. 2003/96 fosse stata correttamente recepita.

Massimiliano Valcada*

¹⁸ Sul principio dell'interpretazione conforme come precisato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., *ex plurimis*, sentenza del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135 punto 8; sentenza del 27 giugno 2000 in cause riunite da n. C-240/98 a n. C-244/98, *Océano Group Editorial*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 638; sentenza del 5 ottobre 2004 in cause riunite da n. C-397/01 a n. C-403/01, *Pfeiffer*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8835 e in questa *Rivista*, 2004, p. 751 con commento di F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico*, p. 755; sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo spa c. Italia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 741; sentenza del 4 luglio 2006 in causa C-212/04, *Adelener e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6057.

* Avvocato in Savona; Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Udine.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

OSTACOLI FRAPPOSTI ALLA REGISTRAZIONE DELL'IGP «ACETO BALSAMICO DI MODENA»

Regolamento (Ce) n. 583/2009 della Commissione del 3 luglio 2009 recante iscrizione di una denominazione nel registro delle denominazioni d'origine protette e delle indicazioni geografiche protette [Aceto Balsamico di Modena (IGP)]*

La Commissione delle Comunità europee,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea,
visto il regolamento (Ce) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari¹, in particolare l'art. 7, par. 5, commi terzo e quarto, considerando quanto segue:

1. A norma dell'art. 6, par. 2, e in applicazione dell'art. 17, par. 2, del regolamento (Ce) n. 510/2006, la domanda di registrazione della denominazione «Aceto Balsamico di Modena», presentata dall'Italia, è stata pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*².

2. La Germania, la Grecia e la Francia hanno dichiarato la propria opposizione a norma dell'art. 7, par. 1, del regolamento (Ce) n. 510/2006. Tali opposizioni sono state ritenute ricevibili a norma dell'art. 7, par. 3, primo comma, lett. da *a.* a *d.*, del suddetto regolamento.

3. La dichiarazione di opposizione della Germania verteva in particolare sul timore che una registrazione dell'indicazione geografica protetta «Aceto Balsamico di Modena» possa pregiudicare l'esistenza di prodotti legalmente immessi sul mercato da almeno cinque anni e commercializzati con le denominazioni Balsamessig/Aceto balsamico nonché sul presunto carattere generico di tali denominazioni. La Germania

* In *Gu-Ue* n. L 175 del 4 luglio 2009, p. 7 ss. In argomento v. *infra*, p. 573 ss., il commento di FAUSTO CAPELLI.

¹ In *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12.

² In *Gu-Ue* n. C 152 del 6 luglio 2007, p. 18.

ha inoltre evidenziato la mancanza di chiarezza quanto alle fasi della fabbricazione che debbono avere luogo nella zona d'origine.

4. La dichiarazione di opposizione della Francia verteva in particolare sul fatto che l'«Aceto Balsamico di Modena» non disporrebbe di reputazione propria, distinta da quella dell'«Aceto balsamico tradizionale di Modena», già registrata come denominazione d'origine protetta con regolamento (Ce) n. 813/2000 del Consiglio³. Secondo la Francia, il consumatore potrebbe essere indotto in errore quanto alla natura e all'origine del prodotto in causa.

5. La Grecia, dal canto suo, ha evidenziato l'importanza della produzione di aceto balsamico sul proprio territorio, commercializzato fra l'altro con i termini «balsamico» o «balsamon» e sulle conseguenze sfavorevoli che avrebbe la registrazione della denominazione «Aceto Balsamico di Modena» sull'esistenza di questi prodotti presenti anch'essi legalmente sul mercato da almeno cinque anni. La Grecia sostiene inoltre che i termini «aceto balsamico», «balsamic», ecc. siano generici.

6. Con nota del 4 marzo 2008, la Commissione ha invitato gli Stati membri interessati a raggiungere un accordo conformemente alle proprie procedure interne.

7. Poiché non è stato concluso alcun accordo tra Francia, Germania, Grecia e Italia nei termini previsti, la Commissione ha l'obbligo di adottare una decisione in base alla procedura di cui all'art. 15, par. 2, del regolamento (Ce) n. 510/2006.

8. La Commissione ha chiesto il parere del Comitato scientifico per le denominazioni d'origine, le indicazioni geografiche e le attestazioni di specificità, istituito con decisione n. 93/53/Ce⁴, circa l'osservanza delle condizioni di registrazione. Nel suo parere, emesso all'unanimità il 6 marzo 2006, il Comitato ha affermato che la denominazione «Aceto Balsamico di Modena» gode di fama indiscussa sia sul mercato nazionale che su quelli esteri, come testimoniano il suo frequente utilizzo in numerose ricette culinarie di diversi Stati membri, la sua forte presenza su Internet e nella stampa o nei *media*. L'«Aceto Balsamico di Modena» soddisfa quindi alla condizione inerente ad una reputazione specifica del prodotto corrispondente alla denominazione di cui trattasi. Il Comitato ha osservato che tali prodotti sono coesistiti sui mercati per centinaia di anni ed ha constatato altresì che le caratteristiche, la clientela, l'utilizzo, le modalità di distribuzione, la presentazione ed il prezzo dell'«Aceto Balsamico di Modena» e dell'«Aceto balsamico tradizionale di Modena» ne hanno fatto dei prodotti diversi l'uno dall'altro, il che consente di garantire un trattamento equo ai produttori interessati e di non indurre in errore il consumatore. La Commissione accetta integralmente tali considerazioni.

9. Per rafforzare la differenziazione tra i suddetti prodotti, è stato precisato che i qualificativi numerici erano inclusi nel divieto di ordine generale di utilizzare qualificativi distinti da quelli esplicitamente previsti nel disciplinare. Il disciplinare della denominazione «Aceto Balsamico di Modena» è stato del resto oggetto di adeguamenti di minore importanza destinati ad eliminare eventuali ambiguità.

10. Sembra che la Germania e la Grecia, nelle obiezioni sollevate relativamente al carattere generico del nome proposto per la denominazione, non abbiano tenuto conto della suddetta denominazione nel suo complesso, ovvero «Aceto Balsamico di

³ In *Guce* n. L 100 del 20 aprile 2000, p. 5.

⁴ In *Guce* n. L 13 del 21 gennaio 1993, p. 16.

Modena», ma soltanto di alcuni suoi elementi, ossia i termini «aceto», «balsamico» e «aceto balsamico» o le rispettive traduzioni. Ora, la protezione è conferita alla denominazione composta «Aceto Balsamico di Modena». I singoli termini non geografici della denominazione composta, anche utilizzati congiuntamente, nonché la loro traduzione, possono essere adoperati sul territorio comunitario nel rispetto dei principi e delle norme applicabili nell'ordinamento giuridico comunitario.

11. Alla luce di quanto esposto finora, la denominazione «Aceto Balsamico di Modena» deve quindi essere iscritta nel «Registro delle denominazioni d'origine protette e delle indicazioni geografiche protette».

12. Le misure di cui al presente regolamento sono conformi al parere del comitato permanente per le indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine protette, Ha adottato il presente regolamento:

Articolo 1

La denominazione che figura all'allegato I del presente regolamento è registrata.

Articolo 2

La scheda consolidata contenente gli elementi principali del disciplinare figura nell'allegato II del presente regolamento.

Articolo 3

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 REGISTRAZIONE DELL'INDICAZIONE GEOGRAFICA PROTETTA «ACETO BALSAMICO DI MODENA» E I TENTATIVI DELIBERATAMENTE MESSI IN ATTO SIA PER OSTACOLARLA SIA PER CIRCOSCRIVERNE GLI EFFETTI E LA PORTATA

Sommario: **I.** Osservazioni introduttive - **II.** Ostacoli alla registrazione - **1.** Prima obiezione sollevata - **a.** Caratteristiche distintive dei due prodotti - **b.** Si tratta, in effetti, di due denominazioni omonime - **2.** Infondatezza della nuova obiezione sollevata - **a.** Irrilevanza della materia prima impiegata - **b.** Inesistenza di restrizioni alla libera circolazione dei prodotti - **3.** I veri motivi degli ostacoli alla registrazione - **a.** Dati relativi al prodotto - **b.** Modalità di tutela del prodotto - **III.** Valutazione critica del Regolamento n. 583/2009 - **1.** Le particolarità del regolamento n. 583/2009 - **a.** Il considerando n. 10 del Regolamento Ce n. 583/2009 - **b.** Considerazioni critiche - **2.** Analisi testuale e valutazione giuridica - **a.** La posizione della Commissione - **b.** Il contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia - **IV.** L'iniziativa del Governo greco - **1.** Il fondamento giuridico dell'iniziativa del Governo greco - **2.** Analisi testuale - **3.** Analisi giuridica - **V.** Conclusioni.

I. Osservazioni introduttive

Con il Regolamento Ce n. 583/2009 del 4 luglio 2009, sopra riportato, è stata autorizzata la registrazione dell'Indicazione Geografica Protetta (IGP) «*Aceto Balsamico di Modena*», ponendo termine a quindici anni di contestazioni tecniche, di contrasti politici, di conflitti amministrativi e di contenziosi giudiziari, che hanno creato, nel corso del tempo, difficoltà di tale ampiezza da mettere in forse, fino all'ultimo, l'esito positivo della procedura di registrazione.

Le difficoltà sono sorte soprattutto in sede comunitaria e sono state alimentate da una palese ostilità degli uffici della Commissione europea che il nostro Governo non ha saputo adeguatamente contrastare, benché la documentazione a sostegno della domanda di registrazione fosse, fin dagli inizi, completa e del tutto corretta, sotto il profilo tecnico, nonché sicuramente conforme alle prescrizioni applicabili, sotto il profilo giuridico.

In effetti, l'Aceto Balsamico di Modena, costituente il prodotto cui si riferiva la domanda di registrazione, possedeva fin dal principio tutti i requisiti

per ottenere il richiesto riconoscimento della denominazione in base alla normativa comunitaria applicabile in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche¹.

In particolare, la domanda di registrazione della denominazione «Aceto Balsamico di Modena», come Indicazione Geografica Protetta (IGP), è stata presentata in sede comunitaria, nel 1994, insieme alla domanda per ottenere la registrazione della denominazione «Aceto Balsamico Tradizionale di Modena», come Denominazione di Origine Protetta (DOP), sulla base dell'art. 17 del Regolamento Ce n. 2081/92, che, come è noto, prevedeva una procedura semplificata per la registrazione delle denominazioni dei prodotti che già godevano di una specifica tutela giuridica in base alla normativa nazionale vigente all'interno del Paese di origine².

La procedura semplificata, prevista dal citato art. 17 del Regolamento Ce n. 2081/92, è stata infatti seguita per registrare le denominazioni di celebri prodotti della gastronomia italiana come, ad esempio, *Parmigiano-Reggiano*, *Grana Padano*, *Prosciutto di Parma* e *Prosciutto di San Daniele*.

Mentre le domande di registrazione riguardanti le celebri denominazioni italiane, presentate secondo la predetta procedura semplificata, sono state quasi tutte accolte nel 1996³ e quella relativa all'Aceto Balsamico Tradizionale di Modena è stata accolta nell'anno 2000⁴, la procedura di registrazione della denominazione «Aceto Balsamico di Modena», nell'anno 2000, è stata interrotta in seguito al ritiro della domanda di registrazione dovuto ad un clamoroso errore commesso dal Ministero italiano per le produzioni agricole che aveva male interpretato una sentenza del Consiglio di Stato emessa in tale anno⁵. Il ritiro della domanda ha provocato un grave inconveniente, dato che quando la stessa è stata ripresentata l'anno successivo, la Commissione europea si è opposta alla prosecuzione della procedura semplificata, prevista dall'art. 17, imponendo di seguire la procedura ordinaria, ciò che ha contribuito a causare l'enorme ritardo nell'ottenimento della registrazione⁶.

¹ Cfr. Regolamento Ce n. 2081/92, in *Guce* n. L 208 del 1992 (ora abrogato e sostituito dal Regolamento Ce n. 510/2006, in *GuUe* n. L 93 del 2006).

² Il par. 1 dell'art. 17 del Regolamento Ce n. 2081/92 (in *Guce* n. L 208 del 1992) così stabiliva: «Entro il termine di sei mesi a decorrere dalla data dell'entrata in vigore del presente regolamento, gli Stati membri comunicano alla Commissione quali denominazioni, tra quelle giuridicamente protette, o, negli Stati membri in cui non vige un sistema di protezione, sancite dall'uso, essi desiderano far registrare a norma del presente regolamento». È da notare che l'intero art. 17 è stato successivamente abrogato dal Regolamento Ce n. 692/2003, in *Guce* L 99 del 2003.

³ Cfr. Regolamento Ce n. 1107/96, in *Guce* n. L 148 del 1996.

⁴ Cfr. Regolamento Ce n. 813/2000, in *Guce* n. L 100 del 2000.

⁵ Cfr. sentenza del Consiglio di Stato del 14 luglio 2000 n. 5798.

⁶ La procedura ordinaria era quella prevista dall'art. 5 del Regolamento Ce n. 2081/92.

II. Ostacoli alla registrazione

In ogni caso, la prima difficoltà sorta in sede comunitaria, già negli anni '90, era relativa ad un problema di confondibilità tra denominazioni. Infatti, la denominazione «Aceto Balsamico di Modena», che doveva essere registrata come IGP, è stata ritenuta confondibile con la denominazione *Aceto Balsamico Tradizionale di Modena*, che, come già ricordato, è stata in seguito registrata come DOP (Denominazione di Origine Protetta)⁷.

1. PRIMA OBIEZIONE SOLLEVATA

Tale difficoltà è stata successivamente superata dimostrando che i due prodotti sono tra loro talmente diversi, da rendere assolutamente irrilevante la somiglianza esistente fra le due denominazioni, con la conseguenza che il consumatore non potrebbe in alcun modo correre il rischio di essere indotto in errore.

Occorre però ricordare che l'obiezione relativa alla confondibilità tra le due denominazioni, sollevata in sede comunitaria, ha addirittura portato il Governo italiano a modificare la denominazione «Aceto balsamico di Modena» in «Aceto balsamico *modenese*» facendo così correre al prodotto il rischio gravissimo di perdere il prestigio di una denominazione secolare conosciuta in tutto il mondo⁸, senza contare che la nuova denominazione non avrebbe potuto essere registrata perché non è mai stata in precedenza utilizzata né in Italia né all'estero.

a. Caratteristiche distintive dei due prodotti

Volendo sintetizzare, in poche battute, le caratteristiche distintive dei due prodotti, possiamo riferirle ad alcuni parametri certi.

L'*Aceto Balsamico Tradizionale di Modena*, che è un condimento speciale con una storia affascinante⁹, viene utilizzato per esaltare il sapore dei cibi e per preparare piatti particolari. L'*Aceto Balsamico di Modena* è invece un prodotto che viene impiegato principalmente per condire le verdure e per usi di cucina ed è in concorrenza con gli aceti normali (di vino, di mele, etc.)¹⁰.

⁷ Con il Regolamento n. 813/2000, *cit. supra*, nota 4, è stata anche autorizzata la registrazione della DOP *Aceto Balsamico Tradizionale di Reggio Emilia*.

⁸ Cfr. Decreto ministeriale 10 giugno 2004, in *Guri* n. 151 del 30 giugno 2004, abrogato dal decreto ministeriale 16 novembre 2004, in *Guri* n. 282 del 1° dicembre 2004.

⁹ È una storia tipica della Provincia italiana ricca di tradizioni, genialità, fantasia e creatività, caratteristiche che vengono ammirate nel mondo intero. Nella Provincia di Modena sono numerose le famiglie che ancora producono in casa il proprio aceto balsamico e che sarebbero pronte a tutto pur di dimostrare la superiore qualità del proprio prodotto rispetto a quella dei prodotti altrui.

¹⁰ La produzione dell'aceto balsamico nel modenese si è sviluppata ed affermata nel corso del tempo così da trasformare un'attività, agli inizi meramente familiare, in un'attività imprenditoriale che sostiene l'economia delle province di Modena e di Reggio Emilia, creando vantaggi anche

Il «Balsamico Tradizionale di Modena» può costare da 400 euro ad oltre 1.000 euro al litro a seconda dell'invecchiamento (che può anche superare i 25 anni).

Il «Balsamico di Modena» costa da 1,5 euro a 40 euro al litro, a seconda del tipo, della ditta produttrice e dell'invecchiamento (che va da un minimo di due mesi a oltre tre anni).

Il «Tradizionale» è venduto unicamente in bottigliette da un decilitro, con forma sferica, uguali fra loro. Il «Balsamico di Modena» è venduto in bottiglie dalle forme più diverse a seconda della ditta produttrice e con una capienza variabile (da 2,5 decilitri fino ad 5 litri).

Come si vede, pertanto, non essendo i due prodotti comparabili sotto il profilo tecnico-economico, non può comportare alcuna illegittimità l'immissione contemporanea dei due prodotti sul mercato anche se entrambi sono designati con denominazioni simili.

Ciò è stato riconosciuto dalla stessa *Autorità garante della concorrenza e del mercato* nella delibera emessa nel provvedimento n. 14033 del 9 febbraio 2005 laddove afferma che: «*In particolare, i principali elementi di differenziazione tra l'ABM [Aceto Balsamico di Modena] e l'ABTM [Aceto Tradizionale di Modena] appaiono riguardare soprattutto due elementi: a. l'enorme differenza tra i prezzi praticati ai consumatori; b. la diversa foggia e dimensione delle bottiglie con cui vengono commercializzati. (...) Da quanto detto appare scaturire, quindi, che i due prodotti sembrano rivolgersi ad una diversa categoria di consumatori: il primo (ABM) alla generalità dei consumatori, il secondo (ABTM) ad una nicchia di mercato costituita dagli intenditori con raffinate esigenze culinarie*»¹¹.

b. *Si tratta, in effetti, di due denominazioni omonime*

D'altra parte, la similarità delle denominazioni, nella fattispecie in esame, appare qualificabile come una forma di *omonimia* del tutto legittima anche secondo il Regolamento Ce n. 2081/92, che è stato opportunamente modificato e integrato nel 2003 proprio per consentire la registrazione delle denominazioni omonime¹².

Alla fine, l'obiezione relativa alla confondibilità delle due denominazioni è stata abbandonata in sede comunitaria e la Commissione europea ha fatto proprie le conclusioni alle quali era pervenuto il *Comitato scientifico per le*

alle popolazioni agricole di quelle zone.

¹¹ In *Bollettino* n. 6/2005 del 28 febbraio 2005, p. 52 ss.

¹² Cfr. il Regolamento Ce n. 692/2003, *cit. supra*, nota 2, che ha modificato il Regolamento Ce n. 2081/92 introducendovi la disciplina delle denominazioni omonime (cfr. ora l'art. 3, par. 3, del Regolamento Ce n. 510/2006).

*denominazioni di origine e le attestazioni di specificità*¹³ che sono ora riprese nel considerando n. 8 del Regolamento n. 583/2009 qui commentato e sopra riportato.

Ma rimosso un ostacolo, subito ne viene frapposto un altro. Dopo l'obiezione sulla confondibilità delle denominazioni, viene sollevata in sede comunitaria un'altra obiezione, che è apparsa però subito destituita di ogni fondamento, perché concettualmente errata e fondata su una disposizione normativa non applicabile alle indicazioni geografiche protette (come quella dell'*Aceto Balsamico di Modena*).

2. INFONDATEZZA DELLA NUOVA OBIEZIONE SOLLEVATA

Occorre riferire in dettaglio questa obiezione, perché rende evidente il deliberato proposito degli uffici della Commissione europea di circoscrivere il diritto dei produttori italiani di far valere in modo effettivo la portata della denominazione *Aceto Balsamico di Modena*, sotto il profilo giuridico, nel caso di eventuali controversie con produttori concorrenti di altri Paesi membri.

La prova dell'erroneità della predetta obiezione è agevolmente documentabile, perché risulta fondata su testi scritti¹⁴. Occorre premettere che nella documentazione allegata all'originaria domanda di registrazione della denominazione *Aceto Balsamico di Modena* come IGP, presentata nel 1994 dal Governo italiano, su richiesta dei competenti Consorzi dei produttori, era previsto che la materia prima (uva e mosto d'uva cotto) dovesse provenire dall'area geografica rappresentata dalla Regione Emilia Romagna.

Orbene, gli uffici della Commissione europea hanno contestato come illegittima l'imposizione dell'obbligo di provenienza della materia prima da un'area determinata, perché non risultava fornita la prova che le caratteristiche dell'*Aceto Balsamico di Modena* dipendessero specificamente dalla materia prima proveniente dalla Regione Emilia Romagna.

Tale obiezione appare chiaramente infondata, perché la prova richiesta dagli uffici della Commissione potrebbe essere pretesa soltanto con riferimento ai prodotti designati con *Denominazione di Origine Protetta* (DOP) e non con riferimento ai prodotti designati con *Indicazione Geografica Protetta* (IGP), come è il caso dell'*Aceto Balsamico di Modena*.

a. Irrilevanza della materia prima impiegata

È evidente infatti che le caratteristiche qualitative della materia prima utilizzata non rilevano agli effetti della registrazione di una IGP, dato che, come

¹³ Istituito con la decisione Cee n. 93/53, in *Guce* n. L 13 del 1993.

¹⁴ Si tratta di un parere tecnico allegato ad una lettera del direttore competente della Direzione «Agricoltura» della Commissione europea in data 10 ottobre 2006.

risulta dalla definizione di «Indicazione geografica protetta», ripresa anche nell'attuale versione dall'art. 2, par. 1, lett. *b.* del Regolamento Ce n. 510/2006¹⁵ (uguale a quella dell'art. 2, par. 2, lett. *b.* del precedente Regolamento Ce n. 2081/92¹⁶), appare determinante soltanto il fatto che per il prodotto finito (e non per la materia prima utilizzata):

«la produzione e/o trasformazione e/o elaborazione avvengono nella zona geografica delimitata».

Ciò che conta, pertanto, è che il prodotto finito, legittimato a fregiarsi dell'IGP, sia frutto di una produzione, o trasformazione o elaborazione realizzata mediante metodi costanti che si sono affermati nel tempo all'interno di una particolare area geografica.

È esattamente il caso dell'*Aceto Balsamico di Modena*, la cui produzione avviene secondo processi di lavorazione tradizionali che si sono affermati nel tempo all'interno delle province (aree geografiche) di Modena e Reggio Emilia.

Ma la circostanza che non sia indispensabile, per quanto riguarda le IGP, far riferimento a caratteristiche qualitative della materia prima (uva e mosti) che siano legate all'area geografica da cui la stessa deriva, non significa affatto che non sia possibile ed opportuno far riferimento all'area geografica di provenienza della materia prima medesima, se tale riferimento (ad esempio: Emilia Romagna) conferisce al prodotto finito prestigio e credibilità agli occhi del consumatore e se, per di più, consente anche agli agricoltori di tale area geografica di beneficiare dei vantaggi economici resi possibili dalla registrazione dell'IGP (*Aceto Balsamico di Modena*)¹⁷.

b. Inesistenza di restrizioni alla libera circolazione dei prodotti

Ma oltre a questo, gli uffici della Commissione hanno commesso un altro grave errore.

Anche questo errore può essere provato documentalmente provenendo anch'esso da un testo scritto elaborato dai competenti uffici della Commissione.

Tale documento oltre a contestare la clausola contenuta nell'art. 3 del disciplinare di produzione dell'*«Aceto Balsamico di Modena»*¹⁸ che limita all'Emilia Romagna l'area di provenienza della materia prima (uva e mosti), perché la stessa materia prima, con le stesse caratteristiche, non si distingue-

¹⁵ *Cit. supra*, nota 1.

¹⁶ *Cit. supra*, nota 1.

¹⁷ Ciò viene riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia nella recente sentenza dell'8 settembre 2009 emessa in causa n. 478/07, *Budvar c. Ammersin*, inedita in *Raccolta*, laddove (cfr. punto n. 111 della sentenza) si afferma che la registrazione di una denominazione con indicazione geografica ha lo scopo di «consentire agli operatori agricoli, che abbiano compiuto migliori sforzi qualitativi, di ottenere in contropartita migliori redditi e di impedire che terzi si avvantaggino abusivamente della reputazione discendente dalla qualità di tali prodotti».

¹⁸ Pubblicato nel DM 3 agosto 2006, in *Guri* n. 192 del 19 agosto 2006.

rebbe da quella proveniente anche dalle Regioni meridionali dell'Italia, aggiunge un ulteriore motivo di contestazione.

Secondo il predetto documento della Commissione, infatti, la restrizione disposta nel disciplinare «*potrebbe costituire un ostacolo non giustificato alla libera circolazione delle merci (in questo caso dei mosti di uve). Soltanto restrizioni in materia di varietà utilizzate e/o di acidità (o contenuto in acido malico) sembrano proporzionate all'obiettivo ricercato, cioè di evitare l'elaborazione di Aceto Balsamico di Modena a partire da mosti non adeguati*».

Queste contestazioni confermano il sospetto che gli uffici della Commissione abbiano inteso perseguire un obiettivo preciso ai danni dei produttori italiani.

Anche in questo caso, infatti, si fa allusione, in modo errato, alla necessità di prendere in considerazione le caratteristiche qualitative della materia prima utilizzata che, come sopra abbiamo precisato, riguardano le DOP e non le IGP. Al contrario, per le IGP, come già ricordato, l'eventuale limitazione dell'area di provenienza della materia prima appare del tutto ammissibile e giustificata indipendentemente dal riferimento alle caratteristiche qualitative di tale materia prima impiegata, essendo sufficiente che la limitazione dell'area abbia per scopo di aumentare il prestigio e la reputazione del prodotto perché mantiene il legame tra il prodotto medesimo e il territorio da cui la materia prima proviene¹⁹.

Non sussistendo, quindi, l'obbligo di far riferimento, nei disciplinari delle IGP, a specifiche caratteristiche qualitative della materia prima impiegata, poiché tale obbligo è unicamente previsto per le DOP, ne consegue che la limitazione dell'area di provenienza della materia prima (uve e mosti) poteva senz'altro ritenersi giustificata, per quanto riguarda l'IGP dell'*Aceto Balsamico di Modena*, sulla base della necessità di valorizzare il prodotto agli occhi del consumatore, stabilendo un collegamento tra territorio e materia prima utilizzata, nonché, come più sopra segnalato, sulla base dell'opportunità di far partecipare i produttori agricoli delle aree interessate ai vantaggi economici procurati dalla denominazione protetta²⁰.

¹⁹ Cfr. A. GERMANÒ, *Situazioni giuridiche protette con riguardo alla localizzazione geografica della produzione: il marchio geografico ed il marchio regionale di qualità*, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*, 1996, p. 662 ss.; F. CAPELLI, *La tutela delle denominazioni dei prodotti alimentari di qualità*, in questa *Rivista*, 1998, p. 531; F. ALBISINNI, *L'origine dei prodotti agro-alimentari e la qualità territoriale*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, I, p. 23 ss.; L. COSTATO, *Ancora in tema di marchi collettivi e di protezione delle produzioni tipiche*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, II, p. 63 ss.; S. VENTURA, *Protezione delle denominazioni di origine e libera circolazione dei prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2003, p. 333; F. GENCARELLI, *La politica comunitaria di qualità alimentare: origine ed evoluzione*, in questa *Rivista* 2006, p. 609; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Indications géographiques et appellations d'origine: interprétation et mise en œuvre du "nouveau" règlement n° 510/2006, RDUE*, 2006, p. 795 ss.

²⁰ Come espressamente riconosce l'attuale Regolamento Ce n. 510/2006 (cfr. *considerando* n. 2) e come richiedeva, in termini ancor più chiari ed espliciti, il Regolamento Ce n. 2081/92 (cfr. *considerando* n. 2).

A causa delle obiezioni sollevate dagli uffici della Commissione, il Governo italiano ha purtroppo accettato di modificare il Disciplinare dell'IGP Aceto Balsamico di Modena, sopprimendo l'obbligo della provenienza obbligatoria della materia prima (uva e mosti) dalla Regione Emilia Romagna ed inserendo il riferimento alla materia prima costituita dall'uva prodotta da sette vitigni senza limitazione di provenienza²¹.

3. I VERI MOTIVI DEGLI OSTACOLI ALLA REGISTRAZIONE

Se le obiezioni sopra riferite potevano, agli inizi, sembrare soltanto la conseguenza di errori di interpretazione della normativa applicabile commessi dagli uffici della Commissione, lo sviluppo successivo degli eventi, ha invece dimostrato che tali obiezioni rientravano in un disegno preciso, mirante a ridurre la forza e la capacità dei produttori italiani, i soli legittimati all'utilizzo della denominazione «Aceto Balsamico di Modena», di contrastare i tentativi di imitazione posti in essere dai produttori comunitari di prodotti confondibili con l'*Aceto Balsamico di Modena*.

In realtà, la successione dei fatti e degli eventi ha in seguito reso palese la strategia perseguita dagli uffici della Commissione, per cui la loro precisa esposizione potrebbe anche esimerci dal formulare critiche puntuali e specifiche (come sosteneva *Hellmuth Von Moltke*, il celebre generale prussiano, secondo cui «*non c'è critica più efficace e convincente di un'accurata e scrupolosa esposizione dei fatti*»).

In effetti, dopo la pubblicazione, nel 2007, del contenuto essenziale del disciplinare dell'IGP *Aceto Balsamico di Modena*²², nel quale era stato soppresso, come appena ricordato, l'obbligo della provenienza della materia prima dalla Regione Emilia Romagna, tre Stati membri, *Francia, Germania e Grecia*, hanno fatto opposizione in sede comunitaria alla domanda di registrazione pendente davanti alla Commissione.

Tra gli argomenti invocati c'era anche quello relativo alla pretesa di voler produrre, nei tre Paesi citati, un prodotto designato come «*Aceto Balsamico*», senza il qualificativo «*di Modena*».

L'obiettivo perseguito dagli uffici della Commissione europea viene reso evidente, a questo punto, dalla posizione da essi presa in favore dei tre Stati membri e contro il Governo italiano.

a. *Dati relativi al prodotto*

Per ben comprendere la rilevanza degli interessi in gioco, di cui si discu-

²¹ Cfr. Allegato II del Regolamento Ce n. 583/2009.

²² In *Gu-Ue* n. C 152 del 6 luglio 2007.

te, appare utile indicare alcune cifre e fornire alcune informazioni.

L'attuale produzione di *Aceto Balsamico di Modena* è di circa 90.000.000 litri, dei quali l'85% è venduto fuori dall'Italia e il 15% è distribuito in Italia²³.

I consumatori che acquistano il prodotto in Italia (15% del totale) effettuano le loro scelte facendo generalmente riferimento ai marchi delle imprese produttrici (adeguatamente pubblicizzati).

I consumatori esteri acquistano invece il prodotto (85% del totale) basandosi, salvo alcune eccezioni, sulla denominazione «Aceto Balsamico», anche nelle varie versioni linguistiche, ignorando il nome dell'impresa produttrice e, spesso, anche il riferimento geografico «di Modena» (che per il consumatore medio europeo è implicito nella stessa denominazione «Aceto Balsamico») perché, tradizionalmente, l'*Aceto Balsamico* è soltanto l'*Aceto Balsamico di Modena*.

b. *Modalità di tutela del prodotto*

Di conseguenza, occorre riconoscere che appare indispensabile riservare il nome «Aceto Balsamico» al prodotto che viene dall'Italia, diversamente sarà molto difficile contrastare la concorrenza dei produttori tedeschi, francesi, spagnoli e greci intenzionati a produrre un prodotto simile, che verrebbe commercializzato con nomi costituenti la traduzione della denominazione italiana *Aceto Balsamico*: «*Balsam Essig*» in Germania; «*Balsamic Vinegar*» nei Paesi di lingua inglese; «*Vinaigre balsamique*» in Francia; «*Vinagre balsamico*» nei Paesi di lingua spagnola. Senza contare che il prodotto, come di solito accade anche per altre specialità della gastronomia italiana, verrebbe commercializzato con l'accompagnamento di marchi e segni propriamente italiani (bandiera tricolore, paesaggi italiani, etc.).

Da ciò si deduce che la tutela deve soprattutto riguardare i termini caratteristici (*Aceto Balsamico*) della denominazione completa «Aceto Balsamico di Modena», per cui non deve essere consentito, per altri prodotti, l'utilizzo dei singoli termini caratteristici, pur omettendo il qualificativo geografico «di Modena».

In presenza di una situazione come quella appena descritta, sotto il profilo economico, la Commissione, dovendo prendere posizione tra la pretesa dei tre Stati membri di utilizzare separatamente i termini caratteristici della denominazione «Aceto Balsamico di Modena» e la giusta rivendicazione del Governo italiano e dei produttori di Aceto Balsamico di Modena di mantenere l'esclusiva dell'impiego di tali termini, avrebbe dovuto, quantomeno, tenere

²³ Per fornire un dato utile di confronto, la produzione totale di «Aceto Balsamico Tradizionale di Modena» non arriva a 10 mila litri.

una posizione neutrale.

Al contrario, a dimostrazione della fondatezza del sospetto che si volesse portare a compimento il disegno cui sopra ci siamo riferiti, la Commissione europea ha preso posizione decisamente a favore dei predetti Stati membri, predisponendo una proposta di Regolamento per la registrazione dell'IGP «Aceto Balsamico di Modena» del tutto inusuale e pregiudizievole per i produttori italiani.

III. Valutazione critica del Regolamento n. 583/2009

Basta infatti leggere i *considerando* del Regolamento Ce n. 583/2009, con il quale è stata autorizzata la registrazione dell'IGP «Aceto Balsamico di Modena», per rendersi conto del sorprendente indirizzo che la Commissione europea ha seguito.

1. LE PARTICOLARITÀ DEL REGOLAMENTO N. 583/2009

Innanzitutto, appare del tutto singolare che in un Regolamento, con il quale viene semplicemente registrata una denominazione protetta, si arrivi a mettere in dettagliata evidenza tutti i passaggi della procedura che è stata espletata per ottenere la registrazione. Probabilmente si tratta dell'unico regolamento, redatto in questa forma, riferito ad una denominazione registrata.

Ma se tale singolarità potrebbe anche trovare una scusante nelle peculiarità della procedura che è stata seguita e in quelle delle pretese avanzate dalle parti interessate, è certo però che non trova alcuna scusante (né alcuna giustificazione) la posizione tenuta dalla Commissione europea che appare riflessa nel *considerando* n. 10 del Regolamento approvato.

Leggendo il *considerando* n. 10 del Regolamento n. 583/2009, sopra riportato, ci si rende subito conto che la Commissione europea effettua un'inammissibile "*invasione di campo*", venendosi ad occupare di aspetti che sono di esclusiva competenza dei giudici nazionali, come ha più volte ribadito la stessa Corte di giustizia.

a. Il *considerando* n. 10 del Regolamento Ce n. 583/2009

Il testo del *considerando* n. 10 è così redatto:

«Sembra che la Germania e la Grecia, nelle obiezioni sollevate relativamente al carattere generico del nome proposto per la denominazione, non abbiano tenuto conto della suddetta denominazione nel suo complesso, ovvero "Aceto Balsamico di Modena", ma soltanto di alcuni suoi elementi, ossia i termini "aceto", "balsamico" e "aceto balsamico" o le rispettive traduzioni. Ora, la protezione è conferita alla de-

nominazione composta "Aceto Balsamico di Modena". I singoli termini non geografici della denominazione composta, anche utilizzati congiuntamente, nonché la loro traduzione, possono essere adoperati sul territorio comunitario nel rispetto dei principi e delle norme applicabili nell'ordinamento giuridico comunitario».

Esaminando il testo del *considerando* si rimane innanzitutto stupiti per il modo in cui la Commissione ha presentato il problema in esso descritto, ponendo a confronto la posizione degli Stati membri con la propria e sforzandosi di fornire una sua interpretazione, che assolutamente non le compete, allo scopo di trovare una soluzione per il problema medesimo.

Che il tentativo fosse quello di sostenere la posizione degli Stati membri, si può agevolmente comprendere leggendo l'originaria formulazione dello stesso *considerando* n. 10.

Nella precedente versione, la parte finale del *considerando* n. 10 era infatti così formulata:

«I singoli termini della denominazione composta, anche aggregati, nonché delle loro traduzioni, possono continuare ad essere utilizzati sul territorio comunitario conformemente ai principi e alle regole applicabili nell'ordinamento comunitario».

Orbene, leggendo questa versione, si ha l'impressione che i singoli termini componenti la denominazione qui esaminata, vale a dire: «Aceto Balsamico», fossero, come tali, legittimamente già da tempo utilizzati in tutto il territorio comunitario, per cui «*possono continuare ad essere utilizzati*» anche in futuro.

A questo proposito è bene precisare quale sia l'esatta situazione con riferimento all'«Aceto Balsamico di Modena».

b. *Considerazioni critiche*

In nessun Stato, al di fuori dell'Italia, esiste una normativa che disciplini la produzione e la commercializzazione di un prodotto denominato «Aceto Balsamico», comparabile all'«Aceto Balsamico di Modena».

Come abbiamo ricordato agli inizi, l'«Aceto Balsamico di Modena» è un prodotto tipico italiano che deve la sua notorietà ad una tecnica produttiva tradizionale risalente nei secoli e sviluppata all'interno delle province di Modena e Reggio Emilia.

Soltanto in Italia, dato che il prodotto incontrava il gradimento sempre crescente dei consumatori, è stato necessario introdurre disposizioni che ne regolassero la produzione, a partire dal 1933²⁴, fino all'attuale regola-

²⁴ Cfr. Atto di riconoscimento del 25 marzo 1933 del Ministero dell'Agricoltura. Successivamente la materia è stata disciplinata dal DM 3 dicembre 1965 sulla base dell'art. 46 del DPR 12

zione in sede comunitaria.

Al di fuori dell'Italia, ci si è invece limitati a distribuire sui mercati l'*Aceto Balsamico di Modena* che veniva importato in grandi fusti dall'Italia e imbottigliato direttamente dagli importatori, i quali provvedevano alla sua successiva distribuzione.

Nessun Stato ha però provveduto, tranne l'Italia, come già ricordato, a disciplinare la produzione di un prodotto designato come «Aceto Balsamico».

Che nessuno Stato abbia mai proceduto nel modo indicato, risulta provato dall'insidiosa iniziativa recentemente avviata dallo Stato greco, che è, tra l'altro, uno dei tre Stati membri, come sopra segnalato, che ha introdotto l'opposizione contro la domanda di registrazione dell'IGP «Aceto Balsamico di Modena».

Orbene, lo Stato greco, pochi giorni prima dell'approvazione del Regolamento Ce n. 583/2009 qui esaminato, aveva adottato una norma tecnica per disciplinare la produzione, in Grecia, di un prodotto designato come «*aceto balsamico*», chiedendo alla Comunità europea, in base alla direttiva Ce n. 98/34²⁵, di essere autorizzato a renderla applicabile nel proprio ordinamento.

Tale modo di procedere, sul quale più avanti si ritornerà per esprimere valutazioni critiche di carattere giuridico, costituisce la prova più evidente dell'assenza, nell'ordinamento greco, di una normativa specifica destinata a disciplinare la produzione di un prodotto-condimento denominato «Aceto Balsamico».

D'altra parte, in tutti gli Stati, compresa l'Italia, la denominazione di vendita «Aceto» risulta utilizzata con indicazione del nome della materia prima da cui il prodotto deriva: «aceto di vino», «aceto di mele», etc.²⁶.

Per quanto riguarda l'ordinamento comunitario, il Regolamento Ce n. 479/2008²⁷ sui prodotti vitivinicoli, che estende ai vini la disciplina delle DOP e IGP, abrogando il precedente regolamento Ce n. 1493/99, stabilisce, al punto n. 17 dell'Allegato IV, che:

«L'aceto di vino è l'aceto ottenuto esclusivamente dalla fermentazione acetica del vino, avente un tenore di acidità totale espressa in acido acetico non inferiore a 60 g/l».

Da quanto precede risulta che in nessun Paese al mondo, con l'eccezione dell'Italia, è stata disciplinata in passato la produzione di un prodotto denominato «Aceto Balsamico».

febbraio 1965 n. 162.

²⁵ In *Guce* n. L 217 del 1998; v. il testo codificato di tale direttiva in questa *Rivista*, 1999, p. 333 con nota di S. D'ACUNTO.

²⁶ Per quanto riguarda l'Italia, v. art. 16 della legge 20 febbraio 2006, n. 82 - Disposizioni di attuazione della normativa comunitaria concernente l'Organizzazione comune di mercato (OCM) del vino, in *Guri* n. 60 del 13 marzo 2006, *suppl. ord.*

²⁷ In *Gu-Ue* n. L 148 del 2008.

Di conseguenza, appare evidente che la formulazione iniziale proposta per il *considerando* n. 10, sopra riportato, del Regolamento di registrazione dell'IGP Aceto Balsamico di Modena, avrebbe comportato un implicito riconoscimento dell'esistenza, all'interno degli Stati membri dell'Unione europea diversi dall'Italia, di una disciplina relativa alla produzione di un «Aceto Balsamico» diverso e concorrente con l'Aceto Balsamico di Modena, con il rischio che la frase contenuta nella parte finale del predetto *considerando*: «*I singoli termini non geografici della denominazione composta, possono continuare ad essere utilizzati*» potesse far pensare a un'implicita legittimazione dell'utilizzo, per il futuro, dell'espressione «Aceto Balsamico».

Contro tale formulazione, sono state quindi sollevate precise obiezioni da parte del Governo italiano, che hanno portato alla soppressione dell'espressione «possono continuare» e alla redazione di una nuova versione dell'ultimo capoverso del *considerando* n. 10, il quale ora così recita:

«I singoli termini non geografici della denominazione composta, anche utilizzati congiuntamente, nonché la loro traduzione, possono essere adoperati sul territorio comunitario nel rispetto dei principi e delle norme applicabili nell'ordinamento giuridico comunitario».

Ma anche tale modifica non può assolutamente legittimare l'invasione di campo effettuata dalla Commissione, cui sopra abbiamo fatto cenno.

2. ANALISI TESTUALE E VALUTAZIONE GIURIDICA

Come già in precedenza segnalato, nei primi nove *considerando* del Regolamento Ce n. 583/2009, la Commissione, pur fornendo in dettaglio le particolarità della procedura esperita per la registrazione dell'IGP Aceto Balsamico di Modena, si è sempre limitata a riportare la posizione di tutte le parti intervenute, riferendo tanto le opinioni dei tre Stati membri oppositori (Francia, Germania e Grecia) quanto quelle dello Stato italiano e del *Comitato scientifico per le denominazioni di origine, le indicazioni geografiche e le attestazioni di specificità*²⁸.

a. La posizione della Commissione

Al contrario, nel *considerando* n. 10 la Commissione, oltre a fornire nella prima parte una propria interpretazione della posizione tenuta dalla Germania e dalla Grecia («*Sembra che la Germania e la Grecia*») arriva, nella seconda parte del medesimo *considerando*, ad esprimere la sua opinione sotto il profilo giuridico, sostenendo, per di più, una tesi che risulta in contrasto con

²⁸ Cfr. *supra*, nota 11.

la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il punto specifico sul quale l'opinione espressa dalla Commissione, nel *considerando* n. 10, appare in palese contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, riguarda l'estensione della protezione conferita alla denominazione «Aceto Balsamico di Modena». Nel *considerando* n. 10, la Commissione afferma che: «la protezione è conferita alla denominazione composta "Aceto Balsamico di Modena"», lasciando intendere che la tutela riguarda unicamente la denominazione completa «Aceto Balsamico di Modena» senza estendersi ai singoli termini che la compongono.

b. *Il contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia*

Ma questa posizione è semplicemente contraria alla tesi della Corte di giustizia chiaramente espressa nella sentenza "*Parmesan*" pronunciata il 26 febbraio 2008.

Nella causa *Parmesan*, infatti, la Corte di giustizia, ha rigettato la tesi della Germania, la quale aveva sostenuto, in corso di causa, che nell'ordinamento giuridico comunitario deve considerarsi tutelata soltanto la denominazione completa (nel caso di specie: «Parmigiano-Reggiano») e non i singoli termini che la compongono. La Corte di giustizia ha affermato con chiarezza che: «*In tale contesto non può aver fortuna l'argomento della Repubblica federale di Germania, secondo cui una DOP beneficia della tutela ex art. 13 del Regolamento Ce n. 2081/92 solo nella forma precisa in cui è registrata*²⁹».

La Corte di giustizia ha riconosciuto in effetti che anche i singoli termini di una denominazione composta possono godere di tutela e che i giudici nazionali sono i soli competenti a stabilire quali di questi termini possono essere tutelati.

Come si vede, pertanto, non è soltanto la denominazione completa che risulta tutelata, ma anche i singoli termini che la compongono.

Relativamente ai singoli termini che fanno parte di una denominazione composta, la stessa sentenza *Parmesan* risolve ogni residuo dubbio precisando che quando si tratta di verificare la protezione accordata ai singoli elementi di una denominazione protetta, la competenza ad effettuare tale verifica, come già ricordato, spetta ai giudici nazionali.

Ribadendo la propria giurisprudenza, la Corte afferma infatti al punto n. 30 della citata sentenza "*Parmesan*" 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 segnata-*

²⁹ Cfr. punto n. 31 della sentenza del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05; su tale sentenza v. S. VENTURA, *Il caso Parmesan visto dalla Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 323. V. anche F. CAPELLI, *La sentenza Parmesan della Corte di giustizia: una decisione sbagliata*, *ivi*, p. 329.

mente 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, con riferimento alla denominazione *Parmesan*, investito in una causa nella quale viene sollevata la questione della genericità di tale denominazione, con riferimento a una controversia concreta, dopo aver effettuato «un'analisi approfondita del contesto fattuale quale ricostruito ed illustrato dalle parti», deve decidere direttamente la questione della genericità³⁰.

Se, pertanto, la competenza a valutare la rilevanza dei singoli termini di una denominazione composta è riservata ai giudici nazionali, è ovvio che la Commissione non ha titolo per stabilire essa stessa se tali termini debbano essere autonomamente tutelati, anche separatamente dalla denominazione completa.

Ne consegue che il secondo e il terzo (ultimo) capoverso del *considerando* n. 10 del regolamento n. 583/2009 non hanno alcuna effettiva rilevanza giuridica e sono soltanto fuorvianti.

IV. L'iniziativa del Governo greco

Una prova dell'effetto fuorviante del *considerando* n. 10 è fornita dal comportamento, più sopra segnalato, che ha tenuto il Governo greco, elaborando la citata norma tecnica per la produzione di un prodotto designato come *Aceto Balsamico*.

Il Governo greco ha in effetti ritenuto di potersi orientare proprio nel senso indicato dal *considerando* n. 10 del Regolamento Ce n. 383/2009 sopra riportato.

In particolare, mentre in sede comunitaria si stava negoziando per decidere sulla registrazione della IGP *Aceto Balsamico di Modena*, il Governo greco ha avviato una procedura che, se raggiungesse l'obiettivo perseguito, annullerebbe i vantaggi che i produttori italiani avrebbero diritto di ottenere con la registrazione della predetta IGP.

Per di più, se l'obiettivo perseguito fosse raggiunto, si verificherebbe in Grecia un caso, del tutto inedito, di "*italian sounding*" tramite un atto normativo nazionale, autorizzato dalla stessa Unione europea.

³⁰ Ciò è avvenuto, in concreto, con la sentenza del Tribunale di Berlino del 22 aprile 2008, pronunciata sul caso *Parmesan*: v. il testo della sentenza in questa *Rivista*, 2008, p. 359 ss. Cfr. in particolare il commento di S. VENTURA a tale sentenza, *ivi*, p. 367 ss.

1. IL FONDAMENTO GIURIDICO DELL'INIZIATIVA DEL GOVERNO GRECO

Questi sono i fatti. Il Governo greco, in conformità alla Direttiva Ce n. 98/34³¹, disciplinante la cosiddetta procedura di "allarme" che mira ad impedire l'introduzione, nell'Unione europea, di ostacoli non consentiti o di restrizioni illegittime alla libera circolazione delle merci, ha notificato nel maggio 2009, alla Commissione europea e a tutti gli Stati membri, un progetto di norma tecnica che consentirebbe la produzione in Grecia di un prodotto, ottenuto con metodi ed ingredienti particolari, da immettere sul mercato con la denominazione «aceto balsamico», denominazione che, come abbiamo sopra ricordato, non è disciplinata al di fuori dell'Italia.

Come pure abbiamo ricordato, neppure in sede comunitaria esiste una normativa che riguardi un prodotto denominato «aceto balsamico», ad eccezione del Regolamento che si riferisce all'*Aceto Balsamico Tradizionale di Modena* e all'*Aceto Balsamico Tradizionale di Reggio Emilia*³².

Per altri versi, l'esistenza delle due denominazioni protette, appena richiamate, rende anche evidente che la parte rilevante della denominazione «Aceto Balsamico Tradizionale di Modena» (e di Reggio Emilia), vale a dire «Aceto Balsamico» non può essere utilizzata, in ambito comunitario, se non sulla base di un'autorizzazione rilasciata tramite un atto comunitario specifico, come è avvenuto, da ultimo, con il riconoscimento della IGP «Aceto Balsamico di Modena» tramite il Regolamento Ce n. 583/2009 qui esaminato.

2. ANALISI TESTUALE

Da quanto in precedenza esposto, consegue che il vero obiettivo perseguito dal Governo greco non è quello di consentire la produzione in Grecia del prodotto descritto nella norma tecnica notificata, bensì quello di poter designare il prodotto medesimo con la denominazione «aceto balsamico», che costituisce, palesemente, un obiettivo del tutto diverso.

In verità, nel caso di specie, ci troviamo di fronte ad un vero e proprio *sviamento di potere*³³, in quanto viene fatto ricorso ad una normativa specifica, contenuta nella citata Direttiva Ce n. 98/34, volta ad impedire l'introduzione di ostacoli e restrizioni alla circolazione delle merci³⁴, per conseguire un

³¹ Cfr. *supra*, nota 23.

³² Cfr. Regolamento Ce n. 813/2000 del 17 aprile 2000, in *Guce* n. L 100 del 20 aprile 2000.

³³ Come è noto, lo *sviamento di potere* è uno dei motivi, espressamente previsti dall'art. 230 del Trattato Ce, per far annullare un atto adottato in sede comunitaria. Si può avere un caso di *sviamento di potere* anche quando si mette in moto una procedura per fini diversi da quelli per i quali la stessa è stata istituita; sul punto v. G. TESAURO, in *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008, p. 247 nonché la giurisprudenza *ivi* citata.

³⁴ Sull'impatto della direttiva Ce n. 98/34 v. F. CAPELLI, *Disapplicazione di norme interne notificate in base alla "direttiva allarme" (n. 83/189, ora n. 98/34) e limiti all'obbligo degli Stati mem-*

obiettivo del tutto diverso, vale a dire il diritto di utilizzare parte di una denominazione protetta, il cui utilizzo risulta però disciplinato da tutt'altra normativa, vale a dire da quella del Regolamento Ce n. 510/2006 che disciplina espressamente le Denominazioni di Origine Protetta (DOP) e le Indicazioni Geografiche Protette (IGP).

Che le materie e i settori predetti debbano essere tenuti del tutto separati e distinti, lo prevede il citato Regolamento Ce n. 510/2006, il cui art. 1, par. 3, stabilisce espressamente che:

«la Direttiva n. 98/34 Ce (...) che prevede una procedura di informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche non si applica alle denominazioni di origine né alle indicazioni geografiche oggetto del presente regolamento».

Tale disposizione persegue due obiettivi fondamentali.

In primo luogo quello di escludere l'applicazione delle norme comunitarie, in materia di libera circolazione delle merci, al settore delle denominazioni di origine protetta e delle indicazioni geografiche protette, perché in tale settore trova applicazione una normativa speciale, quella del Regolamento Ce n. 510/2006, che concede diritti esclusivi ai soli soggetti legittimati in base al predetto Regolamento.

In secondo luogo, la disposizione sopra riportata intende esplicitamente evitare che, tramite una norma tecnica, uno Stato membro possa rendere inoperante una denominazione di origine protetta o una indicazione geografica protetta (oppure ridurre la portata dei suoi effetti).

A ben vedere, è proprio quanto sta cercando di ottenere il Governo greco il quale, tramite una norma tecnica, tenta di appropriarsi dei due termini fondamentali costituenti la parte determinante (*aceto balsamico*) dell'Indicazione Geografica Protetta (*Aceto Balsamico di Modena*), il cui utilizzo è assoggettato unicamente alle disposizioni del Regolamento Ce n. 510/2006.

3. ANALISI GIURIDICA

Se ciò fosse possibile, qualunque denominazione di origine (o indicazione geografica) composta da più termini, non potrebbe più essere tutelata in base alla disciplina del Regolamento Ce n. 510/2006, interpretato ed applicato in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Infatti, secondo tale giurisprudenza, che sopra abbiamo esaminato, se una Denominazione di Origine Protetta (DOP), risulta composta da più termini, la legittimità dell'uso di alcuni di essi, separatamente dalla denominazione completa, potrà essere accertata e stabilita soltanto dai giudici nazionali inve-

stiti di un'eventuale controversia su tale aspetto.

È il caso, che sopra abbiamo esaminato, del diritto all'utilizzo del termine "*Parmesan*" separatamente dalla DOP completa "*Parmigiano-Reggiano*".

Orbene, la portata di questa giurisprudenza verrebbe del tutto vanificata se uno Stato membro adottasse una norma tecnica, ai sensi della Direttiva n. 98/34, per poter utilizzare uno o più termini di una denominazione protetta, separatamente dalla denominazione completa.

Per questo l'art. 1 par. 3 del Regolamento Ce n. 510/2006, sopra riportato, dichiara inapplicabile la Direttiva Ce n. 98/34 alle denominazioni di origine protetta e alle indicazioni geografiche protette.

Se così non fosse, si arriverebbe a risultati paradossali e del tutto inaccettabili.

Infatti, i produttori tedeschi del formaggio "*Parmesan*", che hanno visto rigettate le loro tesi sia nella causa davanti alla Corte di giustizia sia in quella davanti al Tribunale di Berlino³⁵ perché contrastanti con il Regolamento Ce n. 510/2006 (art. 13), potrebbero sottrarsi ai divieti stabiliti dallo stesso Regolamento n. 510/2006, ricorrendo, ad esempio, ad una norma tecnica adottata in base alla Direttiva n. 98/34.

Essi potrebbero, infatti, disciplinare, mediante una norma tecnica, la produzione in Germania di un formaggio a pasta dura destinato ad essere denominato "*Parmesan*". In tal modo la normativa del Regolamento Ce n. 510/2006 verrebbe completamente aggirata.

Lo stesso avverrebbe se il Governo greco riuscisse ad adottare la norma tecnica destinata a disciplinare la produzione, in Grecia, di "*aceto balsamico*" che ha notificato alla Commissione europea ed agli Stati membri.

V. Conclusioni

Dagli atti e dai provvedimenti che sono stati in precedenza esaminati si può dedurre che, con riferimento alla denominazione *Aceto Balsamico di Modena*, la Commissione europea ha, fin dagli inizi, tentato di ostacolarne la registrazione, cercando in seguito di limitare la portata e l'impatto di tale denominazione sul mercato, in modo da favorire l'utilizzo dell'espressione «Aceto Balsamico» da parte di produttori esteri che intendono soltanto sfruttare indebitamente la notorietà di un prodotto da essi venduto sul mercato.

Un tale modo di procedere deve mettere in allarme non solo lo Stato italiano ma anche gli altri Stati membri quando dovessero trovarsi di fronte a problemi analoghi a quello, sopra descritto, che il Governo italiano ha dovuto affrontare e risolvere. In effetti, la Commissione europea, nelle procedure di

³⁵ Cfr. sentenza del Tribunale di Berlino del 22 aprile 2008, *cit. supra*, nota 30.

riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche che oggi giorno, con il Regolamento n. 479/2008 sono estese anche ai vini, dispone di poteri di pressione enormi che può esercitare sui Governi degli Stati membri senza il controllo degli operatori interessati e delle rispettive associazioni di categoria (Consorti, Comitati, etc.).

Questi poteri possono ora essere esercitati dalla Commissione in modo ancora più esclusivo dopo la recente sentenza, emessa in data 8 settembre 2009, dalla Corte di giustizia in causa n. C-478/07, *Budvar c. Ammersin*³⁶ che ha attribuito alla Comunità europea una competenza assoluta in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche.

La Corte di giustizia, in effetti, pronunciandosi in una causa pregiudiziale nella quale non era intervenuto alcun Stato membro in grado di dar vita ad un effettivo contraddittorio su un problema di estrema rilevanza, sotto il profilo giuridico-istituzionale e, per di più, mai affrontato in precedenza nella giurisprudenza comunitaria, ha emesso una sentenza che, in sostanza, espropria delle loro competenze tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

E ciò è avvenuto al termine di un procedimento pregiudiziale di interpretazione nel quale sono stati interpretati regolamenti comunitari del solo Consiglio dei Ministri dell'Unione europea³⁷, riguardanti anche la materia della proprietà intellettuale, che sono stati adottati senza l'intervento del Parlamento europeo previsto per le procedure di codecisione³⁸. Oltretutto in tale materia gli Stati membri rimangono competenti nella concessione di marchi collettivi³⁹ che possono svolgere la stessa funzione delle indicazioni geografiche⁴⁰.

La sentenza della Corte di giustizia appare anche troppo sbrigativa ed affrettata dal punto di vista giuridico-istituzionale, tenuto conto della recente presa di posizione della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009⁴¹

³⁶ *Cit. supra*, nota 17.

³⁷ *Cit. supra*, nota 1.

³⁸ Come è noto, in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto l'esistenza di competenze ripartite tra la Comunità europea e gli Stati membri. Ciò risulta in modo esplicito dal parere n. 1/94 della Corte di giustizia, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5267 ss.

³⁹ Si veda, per quanto riguarda l'Italia, l'art. 11 del dlgs n. 30 del 10 febbraio 2005 (cfr. direttiva Ce n. 89/104 del 21 dicembre 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1 ss.).

⁴⁰ Le celebri denominazioni di origine, intese come indicazioni geografiche, «*Parmigiano reggiano*» e «*Prosciutto di Parma*», erano, agli inizi, semplici «marchi collettivi» (cfr. F. CAPELLI, *La protezione giuridica dei prodotti agro-alimentari di qualità e tipici in Italia e nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2001, p. 177 ss., spec. p. 182 ss.). Infatti, tramite un marchio collettivo ottenuto da un Consorzio di produttori, è possibile tutelare una denominazione riguardante un prodotto che presenti caratteristiche qualitative particolari, con la conseguenza che soltanto i produttori che osservano lo statuto del Consorzio possono utilizzare tale denominazione. Non avrebbe quindi rilevanza la pretesa di ridurre, in sede comunitaria, le competenze che gli Stati membri potrebbero sostanzialmente esercitare anche ricorrendo ai marchi collettivi (pur se con una tutela giuridica più limitata).

⁴¹ Cfr. D. HALBERSTAM - C. MÖLLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutsch-*

che, nell'esaminare la legittimità costituzionale della legge tedesca di ratifica del Trattato di Lisbona, ha ritenuto necessario un rafforzamento delle prerogative del Parlamento tedesco in considerazione del "deficit democratico" da essa rilevato nel sistema istituzionale dell'Unione europea.

Ma tale sentenza è da considerare soprattutto imprudente per l'impatto che essa può esercitare, dal punto di vista politico-economico, nel settore dei prodotti agro-alimentari di qualità tutelati con denominazioni registrate in sede comunitaria (DOP e IGP).

Sono note le critiche mosse dagli specialisti del settore⁴² che deplorano il numero sempre crescente di denominazioni registrate in sede comunitaria riguardanti prodotti di diffusione estremamente limitata, con notorietà meramente locale. Se si pensa che nella sola Italia le denominazioni dei prodotti agro-alimentari tradizionali sono attualmente 4.471 (!)⁴³, si comprende subito la gravità delle conseguenze alle quali si sta andando incontro. Un aumento notevole di registrazioni determinerà un'inflazione di denominazioni con il risultato di banalizzare le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche sui mercati europei e internazionali, rendendo oltretutto vani gli sforzi di far accettare in seno al WTO/OMC il sistema europeo di tutela delle indicazioni geografiche.

È, quindi, evidente che in sede comunitaria dovrebbero essere generalmente registrate le denominazioni concernenti prodotti agro-alimentari (ad esclusione dei vini) suscettibili di avere una diffusione sensibile al di fuori della loro zona di produzione (con le ovvie eccezioni da valutare, caso per caso, sulla base di criteri oggettivi).

Di conseguenza, in caso di diffusione limitata dei prodotti suscettibili di essere designati con una denominazione di origine o con una indicazione geografica, basterebbe procedere alla relativa registrazione a livello nazionale, con una tutela giuridica fondata sulla normativa nazionale.

In effetti, la preoccupazione di riservare alla sola Comunità europea il potere di verificare e di attestare le caratteristiche qualitative dei prodotti agro-alimentari di qualità, potrebbe apparire giustificata in quanto, tra gli obiettivi

land!", in *German Law Journal*, No. 8, 1 August 2009, Special Edition, reperibile sul sito internet <http://www.germanlawjournal.com>.

⁴² Cfr. A. NERI, *La difesa del Made in Italy alimentare comincia dalla qualità*, in *Alimenta*, 2008, p. 123 ss.

⁴³ Cfr. *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 149 del 30 giugno 2009. Tra tali denominazioni vi è, ad esempio, quella della «Focaccia al formaggio di Recco» (specialità della Liguria n. 193). Recco è un paese della Riviera ligure di 10.191 abitanti, dove i ristoranti, le trattorie e alcuni negozi preparano una focaccia ripiena di formaggio, indubbiamente squisita, se mangiata appena sfornata. Orbene, ci si può domandare quale vantaggio potrebbe conferire a tale specialità una registrazione europea. Come appare evidente, ciò che può servire è un'adeguata pubblicità per attirare i turisti a Recco, così che possano gustare questa specialità gastronomica. Se, quindi, si tratta di pubblicità, basterebbe un registro, eventualmente gestito in sede comunitaria, che riporti le varie specialità riconosciute negli Stati membri.

perseguiti dal sistema instaurato dalla disciplina comunitaria, vi è quello di assicurare la libertà di circolazione di tali prodotti sul mercato unico europeo, obiettivo da ritenere prevalente quando si tratta di prodotti che godono di una sensibile diffusione.

Al contrario, quando si tratta di prodotti di nicchia, di limitata notorietà e ridotta diffusione, l'obiettivo prevalente non è tanto quello di assicurare la libertà di circolazione dei prodotti al di fuori della zona di produzione, quanto invece quello di attirare i consumatori nella zona, dove i prodotti si trovano, perché li consumino o li acquistino sul posto. D'altra parte, come risulta dal *considerando* n. 2 del più volte citato Regolamento Ce n. 510/2006, che riprende il contenuto dello stesso *considerando* n. 2 del precedente Regolamento n. 2081/92, tra gli obiettivi perseguiti dal sistema instaurato da tali regolamenti, vi è quello di garantire vantaggi economici alle popolazioni delle zone rurali di produzione dei prodotti di qualità per ottenere «*l'effetto di mantenimento della popolazione rurale in tali zone*».

Come si vede, pertanto, se, da un lato, la salvaguardia del principio della libera circolazione delle merci può sicuramente costituire l'obiettivo prevalente quando si tratta di garantire, tramite le denominazioni protette, concreti vantaggi agli operatori interessati alla commercializzazione, nel mercato unico, di prodotti che godono di un'apprezzabile diffusione, dall'altro lato, per i prodotti di limitata diffusione e di ridotta notorietà, l'obiettivo prevalente diventa quello di assicurare benefici alle popolazioni rurali grazie all'afflusso di consumatori nelle zone di produzione (con relativo sviluppo di attività collaterali: turismo, agriturismo, etc.).

In questo secondo caso, appare sproporzionata la registrazione in sede comunitaria della denominazione di un prodotto destinato ad esercitare un impatto unicamente a livello locale⁴⁴.

Per questo, sembrerebbe sufficiente una tutela a livello nazionale anche per evitare, come già segnalato, un'inflazione di denominazioni registrate a livello comunitario, con la conseguente loro banalizzazione sui mercati.

È ovvio, comunque, che, se una determinata denominazione registrata in sede nazionale dovesse acquisire, con il tempo, tutti i necessari requisiti per essere registrata in sede comunitaria, dovrebbe potersi agevolmente trasformare in una denominazione registrata a livello europeo, previo espletamento della prevista procedura.

In ogni caso, per compensare l'eccessivo potere della Commissione sarebbe necessario consentire agli operatori economici e alle rispettive categorie di poter partecipare attivamente alle procedure che li riguardano in sede comunitaria.

È noto infatti che la stessa Corte di giustizia si è dimostrata favorevole,

⁴⁴ V. le considerazioni svolte *supra*, nota 43.

per quanto riguarda il settore alimentare, ad una più intensa partecipazione degli operatori economici alle procedure di loro interesse.

In effetti gli operatori economici dovrebbero essere coinvolti in modo adeguato nelle procedure esperite per adottare i provvedimenti amministrativi di loro interesse, soprattutto nei casi complessi destinati a suscitare dubbi e perplessità.

Come già ricordato in altra sede⁴⁵, lo stesso Avvocato Generale Geelhoed, nelle conclusioni in cause riunite n. C-154/04 e n. 155/04, *Alliance for Natural Health*⁴⁶, aveva considerato talmente importante il coinvolgimento degli operatori economici da chiedere addirittura l'annullamento della direttiva Ce n. 2002/46⁴⁷, sugli integratori alimentari, perché non prevede una procedura appropriata nella quale gli operatori possano far valere i propri diritti (definendo la procedura esistente una "scatola nera" in quanto non trasparente).

A sua volta, la Corte di giustizia, pur non accogliendo la domanda di annullamento della direttiva Ce n. 2002/46, sostenuta dall'Avvocato Generale, ha comunque riconosciuto la necessità di far partecipare più attivamente gli operatori economici (e le loro associazioni di categoria), alle procedure amministrative nelle quali i provvedimenti vengono adottati⁴⁸.

Sulla base di quanto in precedenza esposto si può concludere che il settore dei prodotti alimentari, attualmente sottoposto in sede comunitaria a varie discipline normative aventi le più diverse finalità (di carattere tecnico, commerciale, sanitario etc.), dovrebbe essere regolato in modo da permettere un più diretto coinvolgimento degli operatori economici e delle associazioni che li rappresentano, nelle procedure amministrative nelle quali vengono discussi e approvati i provvedimenti di loro interesse.

Fausto Capelli*

⁴⁵ Cfr. F. CAPELLI, *L'aglio è un alimento o un farmaco?*, in *Alimenta*, 2009, p. 153 ss.

⁴⁶ Conclusioni del 5 aprile 2005, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6458 ss.

⁴⁷ Direttiva n. 2002/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 giugno 2002, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli integratori alimentari, in *Guce* n. L 183 del 12 luglio 2002, p. 51 ss.

⁴⁸ Cfr. F. CAPELLI - B. KLAUS, *I problemi ancora aperti dopo la sentenza della Corte di giustizia che conferma la validità della direttiva sugli integratori alimentari*, in questa *Rivista*, 2005, p. 443 ss.

* Direttore della Rivista.

L'IMPATTO DEL REGOLAMENTO DI ESENZIONE PER CATEGORIA SUI MERCATI DELLA VENDITA AL DETTAGLIO DI AUTOVEICOLI E DEI SERVIZI DI ASSISTENZA

Comunicazione della Commissione - Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico*

1. Oggetto e portata della Comunicazione

1.1. Introduzione

1. I costruttori automobilistici distribuiscono e garantiscono la riparazione e la manutenzione dei propri prodotti tramite reti di concessionari e di riparatori autorizzati. I gruppi di accordi verticali simili che costituiscono tali reti potrebbero necessitare di una valutazione ai sensi dell'art. 81 del Trattato CE. I regolamenti di esenzione per categoria istituiscono "zone di sicurezza" per le categorie di accordi che rientrano nel campo di applicazione del divieto di cui all'art. 81, par. 1, sollevando le parti contraenti dall'obbligo di valutare se tali accordi possono beneficiare della deroga prevista dall'art. 81, par. 3. Le esenzioni per categoria contribuiscono quindi alla certezza giuridica e all'applicazione coerente delle regole comunitarie di concorrenza sul territorio dell'UE. Gli accordi che non rientrano in un'esenzione per categoria non vanno ritenuti illegittimi, ma devono essere valutati singolarmente.

2. A partire dalla metà degli anni Ottanta, il settore automobilistico, che comprende autovetture e veicoli commerciali, è oggetto di specifici regolamenti di esenzione per categoria, il più recente dei quali è il regolamento (Ce) n. 1400/2002 della Commissione ("il regolamento"), adottato nel luglio 2002 ed applicabile dal 1° ottobre 2003. Il suddetto regolamento scadrà il 31 maggio 2010 e le parti interessate sono praticamente unanimi nel ritenere che il settore debba continuare a beneficiare di un'esenzione per categoria, generale o specifica, anche dopo tale data. L'obiettivo della presente comunicazione è quello di delineare gli orientamenti di base del futuro quadro giuridico che, dopo la scadenza del regolamento, dovrebbe disciplinare gli accordi relativi alla distribuzione degli autoveicoli e ai relativi servizi di assistenza dopo la vendita. Tutte le parti interessate sono invitate a presentare osservazioni in merito alla presente comunicazione entro il 25 settembre 2009. Nel contesto della procedura

* Doc Com(2009)388 def. del 22 luglio 2009 - {SEC(2009)1052} - {SEC(2009)1053}. Il testo integrale della Comunicazione, sopra riportata, è reperibile al seguente indirizzo internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0388:FIN:IT:PDF> (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 601 ss., il commento di *MARIA FRANCESCA PORTINCASA*.

legislativa successiva, la Commissione terrà opportunamente conto di tali osservazioni.

1.2. *Il processo di revisione all'origine della comunicazione presente (Omissis)*

1.3. *Elementi chiave del futuro quadro normativo sugli accordi relativi alla distribuzione di autoveicoli e ai servizi di assistenza ai clienti (Omissis)*

2. Obiettivi e scelte strategiche

2.1. *Evitare l'esclusione dei costruttori automobilistici concorrenti e proteggere il loro accesso ai mercati della vendita e della riparazione di autoveicoli*

15. La Commissione intende salvaguardare la concorrenza, riducendo al minimo il rischio che i produttori già presenti sul mercato precludano ai costruttori concorrenti l'accesso al mercato applicando in misura massiccia gli obblighi di non concorrenza, che impediscono ai rivenditori di vendere le marche concorrenti o limitano tale possibilità. I rischi di esclusione vanno tuttavia valutati anche tenendo conto della possibilità che le vendite di prodotti di più marche possano indurre a comportamenti opportunistici (*free-riding*) e producano livelli di investimento insufficienti.

16. Va osservato che, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee⁵, gli obblighi di esclusività (*single-branding obligations*) non sono considerati restrizioni della concorrenza per oggetto. In particolare, essi possono non rientrare nel campo di applicazione dell'art. 81, par. 1, quando sono conformi alle condizioni previste dalla comunicazione *de minimis*⁶. Ciò significa che l'esclusione degli obblighi di esclusività dal campo di applicazione dell'esenzione per categoria prevista dal regolamento non può essere interpretata come misura che concede automaticamente ai rivenditori il diritto di vendere prodotti di costruttori concorrenti, indipendentemente dal contesto economico in cui si applicano tali obblighi. Il potere di mercato delle parti e le caratteristiche del mercato rilevante sono elementi chiave per determinare se gli obblighi di esclusività rientrano nel campo di applicazione dell'art. 81, par. 1, e se si rivela pertanto necessaria una valutazione del rispetto delle condizioni di cui all'art. 81, par. 3.

17. Per tenere conto della necessità di valutare i potenziali effetti anticoncorrenziali rispetto ai benefici in termini di efficienza, l'esenzione generale per categoria copre gli accordi di esclusiva in cui il fornitore detiene una quota di mercato non superiore al 30% e a condizione che la durata degli obblighi di esclusività non sia superiore ai cinque anni. Ciò significa che per beneficiare dell'esenzione generale per categoria, i rivenditori devono avere la possibilità effettiva di porre fine al singolo accordo di esclusiva dopo il periodo iniziale di cinque anni, senza dovere rinunciare al contratto di distribuzione e ai relativi investimenti legati alla marca. Succede tuttavia frequentemente nel settore automobilistico che vengano conclusi accordi di concessione di durata indeterminata o, in casi rari, di periodi rinnovabili non inferiori ai

⁵ Come la Corte di giustizia delle Comunità europee ha affermato nella sua sentenza del 28 febbraio 1991 relativa alla causa n. C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, gli accordi contenenti l'obbligo di acquisto esclusivo non hanno lo scopo di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. 85, par. 1 (oggi art. 81, par. 1).

⁶ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore (comunicazione *de minimis*); (*Guce* n. C 368 del 22 dicembre 2001, p. 13).

cinque anni. Ciò significa che gli attuali accordi conclusi dai costruttori automobilistici non rientrerebbero nell'esenzione generale per categoria se contenessero obblighi di esclusività validi per periodi superiori ai cinque anni.

18. La principale differenza tra le disposizioni specifiche dell'attuale regolamento (Ce) n. 1400/2002 e l'esenzione generale per categoria consiste nella definizione degli obblighi di non concorrenza. Nel quadro del regolamento (Ce) n. 1400/2002, tale concetto indica un qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone al rivenditore di acquistare dal fornitore più del 30 % degli acquisti annui complessivi dei beni in questione, obbligo che permette quindi al rivenditore di vendere prodotti di una o due altre marche concorrenti, che possono essere venduti in locali diversi o nello stesso autosalone. Nell'esenzione generale per categoria, la definizione si limita agli obblighi (validi per periodi superiori ai cinque anni) in base ai quali il rivenditore non può produrre, acquistare, vendere o rivendere beni in concorrenza con i beni oggetto del contratto o deve acquistare dal fornitore più dell'80% degli acquisti complessivi dei beni in questione. In pratica, ciò significa che il rivenditore, allo scadere dei cinque anni, dovrebbe essere libero di proporre in vendita una marca aggiuntiva, ma potrebbe essere costretto a farlo da un punto vendita diverso.

19. A tale proposito, va osservato che la pratica della vendita di più marche in uno stesso autosalone è adottata dal mercato in misura molto limitata e che non esistono dati empirici solidi che indicano che tale modalità di distribuzione abbia agevolato in misura apprezzabile l'ingresso di nuovi operatori nei mercati dell'UE. Inoltre, in zone geografiche in cui essa ha una sua ragion d'essere dal punto di vista economico, che dipende dalle caratteristiche dei mercati locali, tale modalità di distribuzione è stata applicata anche prima dell'entrata in vigore del regolamento (Ce) n. 1400/2002. Si presume pertanto che essa continuerà ad essere applicata, indipendentemente dalle eventuali modifiche del quadro normativo. Va inoltre sottolineato che, nel caso degli autoveicoli, i costi della ricerca sono esigui rispetto al valore del prodotto e che quindi i consumatori sono generalmente disposti a recarsi presso diversi autosaloni per confrontare i veicoli concorrenti. In effetti, la visita a diverse concessionarie per confrontare i prezzi e per cercare di spuntare una riduzione di prezzo fa spesso parte del processo di acquisto. Inoltre, i consumatori possono facilmente confrontare i prodotti su Internet. La vendita di più marche nello stesso autosalone può però diluire l'immagine delle singole marche e indurre i costruttori ad adottare accorgimenti per tutelare la propria identità aziendale, modificando gli standard di concessione. I costruttori potrebbero inoltre bloccare gli investimenti destinati alle concessionarie, per esempio quelli relativi alla formazione, per evitare i comportamenti opportunistici (*free-riding*). In pratica, tali fattori hanno portato ad un aumento generale dei costi di distribuzione sostenuti dai rivenditori.

20. Per quanto riguarda i servizi di riparazione, gli obblighi di esclusività non potrebbero in ogni caso beneficiare dell'esenzione generale per categoria applicabile agli accordi verticali perché le quote di mercato detenute dalle reti di costruttori superano in genere la soglia del 30%. Pertanto, per quanto riguarda gli accordi relativi ai servizi di assistenza ai clienti, non esistono differenze tra le varie opzioni.

21. Alla luce di quanto precede, la Commissione conclude che l'applicazione dell'esenzione generale per categoria agli obblighi di esclusività nel settore automobilistico rappresenta una soluzione equilibrata, tenendo conto dell'elevato livello di concorrenza tra marche che caratterizza il mercato primario, del rischio di impedire

miglioramenti di efficienza a livello della distribuzione a causa dei vincoli normativi che non sarebbero proporzionati all'obiettivo di tutelare la concorrenza sul mercato e delle salvaguardie relative all'attività multimarca previste dalle regole generali. Inoltre, il meccanismo della revoca del beneficio dell'esenzione per categoria sarà mantenuto come salvaguardia supplementare nei casi in cui l'esistenza di reti parallele di accordi contenenti obblighi di esclusività produca effetti di esclusione anticoncorrenziale.

22. Per rafforzare la certezza giuridica, la Commissione elaborerà orientamenti specifici, in cui risulterà chiaro che il beneficio dell'esenzione per categoria può essere revocato se gli obblighi di esclusività escludono i nuovi operatori e generano effetti anticoncorrenziali. Detti orientamenti chiariranno inoltre che, in determinate circostanze, gli obblighi di acquisto minimo (*minimum purchasing requirements*) non superiori all'80% degli acquisti annui complessivi del rivenditore possono comunque avere come effetto l'aumento della fedeltà commerciale e possono quindi essere considerati obblighi di esclusività.

2.2. Proteggere la concorrenza all'interno della stessa marca (Omissis)

2.3. Proteggere la concorrenza tra riparatori indipendenti e autorizzati (Omissis)

2.4. Garantire l'effettiva concorrenza all'interno delle reti di riparatori autorizzati dei costruttori automobilistici (Omissis)

2.5. Evitare l'esclusione dei produttori di pezzi di ricambio nei mercati dei ricambi del settore automobilistico (Omissis)

2.6. Mantenere l'effetto dissuasivo dell'art. 81

41. L'ultimo obiettivo consiste nel mantenere l'effetto dissuasivo dell'art. 81 ed evitare che l'esenzione per categoria venga utilizzata dai costruttori automobilistici per scoraggiare iniziative individuali a favore della concorrenza da parte dei rivenditori e dei riparatori autorizzati. Per raggiungere tale obiettivo, il regolamento contiene un certo numero di misure di salvaguardia relative alle spese irrecuperabili sostenute dai rivenditori (per esempio per quanto riguarda la durata dei contratti, il periodo di preavviso, la giustificazione della recessione dai contratti e il trasferimento dei contratti di concessione tra membri delle stesse reti, come prevede l'art. 3) che sono tipicamente regolate dai diritti contrattuali nazionali.

42. Numerose argomentazioni inducono a concludere che la protezione dell'indipendenza dei rivenditori tramite disposizioni volte a regolamentare clausole contrattuali particolari nel contesto di un'esenzione per categoria non rappresenta più uno strumento efficace o valido per raggiungere tale obiettivo.

43. In primo luogo, come risulta dalla relazione di valutazione della Commissione, non vi sono elementi di prova che indichino che tali disposizioni abbiano sortito l'effetto dissuasivo auspicato. Al contrario, il regolamento può avere avuto effetti negativi, rendendo più difficile per i costruttori automobilistici adeguare le proprie reti all'evoluzione delle condizioni economiche, in un periodo in cui la capacità di riorganizzare rapidamente la rete è vitale per l'industria automobilistica europea per mantenere e migliorare nel lungo termine la propria competitività.

44. In secondo luogo, i rivenditori non disporrebbero di alcuna possibilità di ricorso efficace se il loro *partner* contrattuale si rifiutasse di concludere un contratto

contenente le disposizioni che dovrebbero proteggerli. Ciò dipende dal fatto che tali disposizioni non fanno insorgere né diritti per i rivenditori né obblighi per i costruttori automobilistici, ma si limitano a revocare il beneficio dell'esenzione per categoria, senza implicare che i contratti in oggetto risultino automaticamente contrari all'art. 81, par. 1.

45. In terzo luogo, la Commissione potrebbe difficilmente inserire misure di protezione dei contratti in un eventuale quadro normativo futuro relativo alla concorrenza, ora che i confini tra i diritti contrattuali e commerciali nazionali da una parte, e le regole di concorrenza comunitarie, dall'altra, sono stati definiti nel contesto del regolamento (Ce) n. 1/2003. Nel corso dei negoziati relativi a tale regolamento, la Commissione ha affermato di volersi allineare al parere del Consiglio secondo il quale «gli artt. 81 e 82 del Trattato hanno l'obiettivo di proteggere la concorrenza sul mercato»¹². Disposizioni che perseguono principalmente obiettivi diversi sono contenute generalmente nei diritti contrattuali nazionali.

46. La Commissione intende pertanto applicare le regole generali. Ciò può determinare un approccio più sano dal punto di vista economico, in grado di migliorare considerevolmente la coerenza complessiva delle politiche di concorrenza nel settore delle restrizioni verticali e permettere l'impiego di accordi contrattuali efficaci.

47. Inoltre, saranno elaborati orientamenti settoriali che spiegheranno che i rapporti trasparenti tra le parti riducono solitamente i rischi che i costruttori siano ritenuti responsabili dell'uso di forme indirette di pressione, finalizzate al raggiungimento di risultati contrari alla concorrenza¹³.

3. Conclusioni

48. Alla luce di quanto precede, la Commissione propone:

per quanto riguarda gli accordi relativi alla vendita di autoveicoli nuovi, di applicare le regole generali che figurano attualmente nella nuova esenzione per categoria proposta in materia di accordi verticali. Considerato che le parti interessate del settore automobilistico sono abituate ai regolamenti settoriali, introdotti a partire dal 1985, e che gli operatori del mercato hanno espresso il desiderio di maggiore certezza giuridica, la Commissione adotterà orientamenti settoriali relativi agli aspetti trattati ai punti 2.1, 2.2 e 2.6.

Affinché tutti gli operatori possano disporre del tempo necessario per adeguarsi al nuovo quadro normativo, la Commissione propone che le disposizioni del regolamento che si applicano agli accordi di distribuzione di autoveicoli rimangano in vigore fino al 31 maggio 2013;

- per quanto riguarda gli accordi relativi ai servizi di riparazione e di manutenzione e/o all'approvvigionamento e alla distribuzione dei pezzi di ricambio, di applicare le regole generali che figurano attualmente nella nuova esenzione per categoria

¹² Si veda il *considerando* 9 del regolamento (Ce) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato (Guce n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1-25, prima frase).

¹³ In tale contesto va inoltre ricordato che le principali associazioni dei costruttori automobilistici (ACEA, JAMA) hanno recentemente concordato di proporre un codice di condotta che contiene alcune disposizioni di base derivate dall'attuale regolamento (Ce) n. 1400/2002.

proposta in materia di accordi verticali, integrandole con orientamenti settoriali o un regolamento specifico che istituisce un'esenzione per categoria, o con una combinazione dei due strumenti, al fine di potenziare la capacità delle autorità garanti della concorrenza di rispondere in modo più ampio e completo ai problemi di concorrenza relativi, in particolare, ai seguenti aspetti: *i.* accesso alle informazioni tecniche, *ii.* accesso ai pezzi di ricambio, *iii.* utilizzo abusivo delle garanzie e *iv.* accesso alle reti dei riparatori autorizzati (punti 2.3, 2.4 e 2.5).

Considerando che l'applicazione del nuovo quadro normativo ai mercati dei pezzi di ricambio può arrecare benefici immediati tanto alle imprese quanto ai consumatori, la Commissione propone che esso si applichi agli accordi verticali di fornitura di servizi di riparazione e di manutenzione nonché all'approvvigionamento e alla distribuzione dei pezzi di ricambio a partire dal 31 maggio 2010.

(Omissis)

LA DISTRIBUZIONE DI AUTOVEICOLI IN EUROPA: QUALE FUTURO?

Sommario: *Introduzione - 1. I precedenti normativi - 2. Le ragioni che hanno indotto ad adottare il regolamento n. 1400/2002 - 3. La disciplina del regolamento n. 1400/2002 - 4. Critiche al regolamento n. 1400/2002 e nuove iniziative della Commissione - 4.1 Accesso al mercato dei costruttori automobilistici - 4.2 Rafforzamento della concorrenza intrabrand, innovazione nelle forme di distribuzione e facilitazione degli scambi transfrontalieri - 4.3 Rafforzamento e protezione della concorrenza tra riparatori indipendenti ed autorizzati - 4.4 Garantire la concorrenza all'interno delle reti di riparatori autorizzati - 4.5 Accesso al mercato post-vendita dei produttori di pezzi di ricambio - 4.6 Protezione dell'indipendenza dei rivenditori e mantenimento dell'effetto dissuasivo dell'art. 81 TCE - 5. Valutazione complessiva e prospettive future.*

Introduzione

La distribuzione di automobili in Europa risulta caratterizzata da circa 120.000 accordi verticali¹. L'importanza di tale settore², anche nell'ambito dell'economia europea, ha condotto le istituzioni comunitarie ad intervenire con una legislazione copiosa, sia con riferimento al mercato interno³, sia con

¹ Cfr. *Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission The Future Competition Law Framework applicable to the motor vehicle sector, Impact Assessment*, Bruxelles 22 luglio 2009 Com(2009)388 Final, reperibile all'indirizzo web http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/impact-assessment_report.pdf

² P. A. PAPP, *La distribuzione autoveicoli: la sua evoluzione dagli albori ad oggi*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 52 ss.

³ La legislazione comunitaria è intervenuta in numerosi ambiti, al fine di raggiungere l'obiettivo dell'integrazione del mercato interno, come le norme sull'omologazione CE, sulle caratteristiche tecniche, la tutela dell'ambiente, la sicurezza stradale, il commercio con Paesi terzi. Al fine di esaminare gli ambiti politici di maggior rilievo che interessano l'industria automobilistica europea e per formulare raccomandazioni relative alle future politiche pubbliche ed al quadro normativo, è stato costituito il Gruppo di Alto Livello CARS 21 (*Competitive Automotive Regulatory System for the 21st Century*), composto da Stati membri, rappresentanti dell'industria, ONG e deputati europei. Nel 2005, il Gruppo CARS 21 ha pubblicato la propria relazione finale, reperibile sul sito <http://ec.europa.eu/enterprise/automotive/pagesbackground/competitiveness/cars21finalreport.pdf>. A seguito delle mutate condizioni economiche globali, la Commissione ha richiesto al Gruppo CARS 21 di effettuare una valutazione di medio termine, la cui relazione è stata pubblicata il 29 ottobre 2008 «CAR21 Mid-Term Review High Level Conference: Conclusions and Report» reperibile sul sito [internet ec.europa.eu/enterprise/automotive/pagesbackground/competitiveness/cars21mtr_report.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/automotive/pagesbackground/competitiveness/cars21mtr_report.pdf). Con riferimento al diritto della concorrenza, il CARS 21 ha auspicato l'adozione di una legislazione maggiormente volta a garantire chiarezza e certezza del diritto.

riferimento alla concorrenza⁴.

Con particolare riguardo al diritto *antitrust*, la Commissione ha, sin da epoca remota, ritenuto di dover dettare discipline di esenzione di categoria *ad hoc* che si discostavano da quelle di applicazione più generale, in virtù della peculiarità e dell'importanza del settore in esame. Si è passati dal regolamento n. 123/85⁵, al regolamento n. 1475/95⁶ per arrivare al regolamento attualmente in vigore, il n. 1400/2002⁷.

Giunto in prossimità della propria scadenza, il regolamento da ultimo menzionato risulta essere oggetto di ampia revisione, al fine di valutare se esso abbia contribuito a rendere il settore *automotive* più concorrenziale. La Commissione, a seguito di consultazioni con i produttori automobilistici, i distributori e loro associazioni, ha pubblicato, ai sensi dell'art. 11, par. 2, del regolamento n. 1400/2002, una Relazione⁸ accompagnata da quattro documenti⁹, destinati a delineare il futuro assetto del settore. La valutazione è nel complesso positiva con riferimento alla situazione attuale della concorrenza, ma è fortemente critica circa l'efficacia della normativa in vigore, auspicando l'adozione di previsioni più flessibili e la possibilità di far rientrare anche il settore delle automobili nell'ambito generale della normativa sulle restrizioni verticali. Tale Relazione è stata seguita da numerose osservazioni delle parti coinvolte (produttori, concessionari, associazioni di categoria, consumatori), le quali hanno unanimemente manifestato la necessità della prosecuzione di un ulteriore regolamento di esenzione di categoria per il settore degli autoveicoli, seppure con talune divergenze sui contenuti della suddetta regolamentazione¹⁰. La Commissione, pertanto, ha successivamente emanato la Comuni-

⁴ Per maggiori riferimenti si veda A. PAPPALARDO, *Il Diritto comunitario della concorrenza*, Torino, Utet, 2007, p. 366 ss.

⁵ Regolamento del 12 dicembre 1984 relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3, del Trattato CEE a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il servizio di assistenza alla clientela, in *Guce* n. L 15 del 18 gennaio 1985, p. 16.

⁶ Regolamento del 28 giugno 1995 relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3, del Trattato relativo a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il servizio di assistenza alla clientela, in *Guce* n. L 145 del 26 settembre 1995, p. 25.

⁷ Regolamento (Ce) n. 1400/2002 della Commissione del 31 luglio 2002 relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in *Guce* n. L 203 del 1^o agosto 2002, p. 30 ss. Il regolamento è accompagnato da un opuscolo esplicativo della Commissione, Distribuzione e servizi di assistenza degli autoveicoli nell'Unione europea, reperibile sul sito http://ec.europa.eu/comm/competition/motor_vehicles/legislation/explanatory_brochure_it.pdf e dalle Domande Frequenti anch'esse reperibili sul sito http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/faq_it.pdf

⁸ Relazione di valutazione della Commissione del regolamento (Ce) n. 1400/2002 concernente la distribuzione di autoveicoli e il relativo servizio di assistenza alla clientela, reperibile sul sito http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/news.html.

⁹ Questi documenti, definiti *Staff Working Paper*, riguardano: *No. 1 Main elements and objectives of Regulation 1400/2002*; *No. 2 Evolution of the motor vehicle markets since Regulation 1400/2002 entered into force*; *No. 3 Public and Private Enforcement of Regulation 1400/2002*; *No. 4 The impact of Regulation 1400/2002: an effects-based analysis* e sono anch'essi reperibili sul sito http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/news.html.

¹⁰ Le osservazioni sono reperibili sul sito internet <http://ec.europa.eu/competition/consultation/>

cazione relativa al «Futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico»¹¹, qui in rassegna, in cui ha delineato la propria futura politica legislativa in materia. L'istituzione comunitaria ha esaminato quattro ipotesi per la futura regolamentazione del settore *automotive*, anche alla luce dell'attuale situazione economica.

La prima ipotesi consiste nel mantenimento dello *status quo* e consistente nell'emanazione di un ulteriore regolamento al fine di estendere la validità di quello oggi in vigore; la seconda, nell'applicazione del regolamento generale di esenzione di categoria relativo agli accordi verticali¹²; la terza nell'adozione di disposizioni settoriali, sotto forma di orientamenti che accompagnino il regolamento generale di esenzione di categoria; la quarta nell'adozione di un regolamento *ad hoc* per le restrizioni della concorrenza nel mercato dei ricambi che funga da integrazione per la disciplina generale. Tutte le quattro opzioni sono state oggetto di una analisi ponderata da parte della Commissione sulla base di una serie di criteri prestabiliti, che andavano dall'accesso al mercato da parte dei costruttori, al mantenimento della concorrenza tra riparatori indipendenti ed autorizzati, ai costi per le imprese, sino ad arrivare alla tutela dei consumatori¹³.

Al termine dell'analisi effettuata, la Commissione ritiene che la terza ipotesi, ossia quella che vede l'inserimento del settore *automotive* nella disciplina di esenzione di categoria generale, accompagnata da orientamenti, o in alternativa, la quarta, che prevede l'emanazione di un mini-regolamento solo per il settore post-vendita, siano le opzioni da perseguire al fine del mantenimento di una concorrenza efficace in questo settore.

Attualmente, infatti, la distribuzione di autoveicoli in Europa è caratterizzata da stringenti regole che imbrigliano l'autonomia contrattuale delle imprese coinvolte, tanto da farla avvicinare, per certi versi, ad una regolamentazione di settore. L'anomalia consiste nel fatto che il sistema risulta interamente disciplinato dalla normativa *antitrust*: nel caso di violazione del regolamento oggi in vigore che, come meglio sarà indicato nel prosieguo, contiene numerose norme che nulla hanno a che vedere con il diritto della concorrenza, le imprese saranno sanzionate per illeciti *antitrust*, con tutte le conseguenze che

2008_motor_vehicle/index.html

¹¹ Del 22 luglio 2009, Com(2009)388 definitivo. Tale Comunicazione è accompagnata da ulteriori documenti denominati *Staff Working document, Summary of the Impact Assessment* e *Impact Assessment*, cit. *supra*, nota 1.

¹² A tale proposito, deve essere ricordato che anche il regolamento (Ce) n. 2790/1999 della Commissione del 22 dicembre 1999 relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *Guce* n. L 336 del 20 dicembre 1999, p. 21 e ss., risulta ormai essere prossimo alla scadenza (maggio 2010). La Commissione, in data 8 luglio 2009, ha pertanto emanato un progetto di regolamento C(2009) 5365/2 unitamente a delle linee guida che seppur comportando miglioramenti, non va ad incidere sostanzialmente sulla disciplina oggi in vigore.

¹³ Per maggiori dettagli su questi criteri e sulla loro ponderazione si veda l'*Impact Assessment* cit. *supra*, nota 1, p. 33 ss.

ne derivano¹⁴, e non invece sottoposte ad altri tipi di procedimenti. Tale rigidità sta comportando una mancanza di flessibilità dei sistemi distributivi, precludendo l'ingresso a nuove forme, più innovative, di distribuzione.

Al fine di meglio comprendere le ragioni che hanno spinto la Commissione ad adottare normative specifiche per il settore in esame e che oggi non parrebbero più necessarie, anche alla luce della mutata situazione concorrenziale, occorre analizzare il percorso giurisprudenziale e normativo seguito.

1. I precedenti normativi

Il primo regolamento emanato, il n. 123/85, può essere considerato il recepimento della decisione della Commissione nel caso *BMW* del 1974¹⁵, con la quale la Commissione esentò¹⁶ gli accordi di distribuzione del costruttore tedesco, i quali contenevano elementi sia della distribuzione esclusiva che di quella selettiva: ai distributori che avessero soddisfatto determinati criteri qualitativi veniva assegnato un territorio in cui essi dovevano operare. Attraverso questi accordi venivano escluse le vendite attive al di fuori del territorio di responsabilità e quelle a distributori non facenti parte della rete autorizzata.

La Commissione ritenne che gli accordi in questione soddisfacessero i requisiti di cui al par. 3 dell'art. 81 TCE¹⁷: il controllo esercitato da *BMW* poteva trovare una giustificazione in ragione della complessità dei beni oggetto del contratto¹⁸, i quali necessitavano di manutenzione costante da parte di of-

¹⁴ Come noto, l'art. 23 del regolamento n. 1/2003 prevede che la Commissione possa infliggere ammende alle imprese che intenzionalmente o per negligenza commettano una violazione degli artt. 81 e 82 TCE. Le ammende, commisurate alla gravità e durata dell'illecito, possono giungere sino al 10% del fatturato totale dell'impresa coinvolta realizzato durante l'esercizio sociale precedente. La Commissione ha emanato, a fini di certezza del diritto, gli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23 par. 2, lett. a. del regolamento n. 1/2003 (in *Guce* n. C 210 del 1° settembre 2006, p. 2 ss.). Le imprese, poi, possono dover subire azioni legali volte ad ottenere il risarcimento del danno causato dal loro comportamento anticoncorrenziale (cfr. sentenza della Corte del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage e Crehen*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6297; sentenza del 13 luglio 2006 in cause riunite n. C-295-298/04, *Manfredi*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6619; Libro Bianco della Commissione in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie del 2 aprile 2008, Com(2008)165 def., reperibile sul sito http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_it.pdf).

¹⁵ Decisione n. 75/73, in *Guce* n. L 29 del 3 febbraio 1975, p. 1 ss.

¹⁶ L'accordo fu notificato ai sensi dell'allora vigente regolamento (Cee) n. 17/62 del Consiglio, Primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, in *Guce* n. L 13 del 21 marzo 1962, p. 24 ss., il cui art. 4 prevedeva l'obbligo di notifica degli accordi restrittivi della concorrenza e la competenza esclusiva della Commissione a concedere l'esenzione di cui al par. 3 dell'art. 81.

¹⁷ La Commissione procedette ad una valutazione individuale dell'intesa, in quanto verificò l'inapplicabilità della normativa in vigore all'epoca, il regolamento n. 67/67, che esentava solamente le vendite esclusive.

¹⁸ Decisione n. 75/73, *loc. cit.*, punto 7, n. 24: «si tratta di un bene di consumo di durata limitata, di valore considerevole e di alta tecnicità, il cui impiego può mettere in pericolo la vita, la salute, i beni materiali nonché portare pregiudizio all'ambiente». Per maggiori riferimenti, si veda A. PAPPALARDO, *Il Diritto comunitario della concorrenza*, cit. *supra*, nota 4, p. 367.

ficine specializzate. Il divieto di vendite attive, connaturato all'essenza stessa del concetto di esclusiva, consentiva poi di mantenere un certo controllo sulla rete, senza con ciò ostacolare le vendite passive¹⁹.

Sulla scorta di tali considerazioni e per far fronte al numero sempre più crescente di richieste di esenzione individuale, il regolamento n. 123/85 esentò, in via generale, gli accordi con cui il produttore conferiva al rivenditore/concessionario il diritto di vendere i propri prodotti ed il relativo servizio di assistenza in un dato territorio o ad un numero predefinito di altri distributori. Le restrizioni alla concorrenza venivano considerate come indispensabili per consentire ai produttori una razionalizzazione e una migliore distribuzione di autoveicoli ed un miglior servizio di assistenza.

Gli accordi consentiti cumulavano, quindi, gli effetti della distribuzione esclusiva con quelli della distribuzione selettiva. Accanto alla protezione territoriale del distributore, che comportava l'impegno del produttore a non designare altri distributori in una determinata zona, erano presenti i benefici derivanti dalla distribuzione selettiva quantitativa, in base alla quale il produttore poteva nominare soltanto un numero limitato di distributori dotati di particolari caratteristiche qualitative. Veniva, però, fatto obbligo ai distributori di provvedere anche ai servizi di assistenza *post-vendita*, considerato il *legame naturale* esistente tra tali attività e quelle di vendita di autoveicoli. Il cumulo di tale forma di distribuzione con i servizi di assistenza veniva considerato come più efficiente rispetto alla separazione delle due attività, in quanto si consentiva, da un lato, agli utenti finali di fruire di tutti i servizi presso una unica entità e, dall'altro, ai concessionari di porre direttamente in essere tutti i controlli necessari per la messa su strada delle autovetture.

Il regolamento successivo n. 1475/95 ha continuato a mantenere tale impostazione di massima, aggiungendo, tuttavia, talune limitazioni in modo da far fronte alle restrizioni della concorrenza evidenziate dalla Commissione.

In particolare, il suddetto regolamento ha consentito ai distributori esclusivi di poter effettuare campagne pubblicitarie generali al fine di aumentare il potenziale delle vendite passive; di potersi avvalere del multi-marchismo, pur se con talune restrizioni, consistenti nell'obbligo di porre in vendita beni di altre marche in locali separati sottoposti a una gestione separata, con personalità giuridica distinta ed in modo tale da escludere la confusione tra marche²⁰; di rendere più forte la posizione del distributore nei confronti del produttore attraverso l'introduzione della possibilità di ricorrere ad arbitri per la risoluzione delle controversie e ponendo dei limiti temporali circa la durata del preavviso per il recesso da parte del produttore.

¹⁹ Sul divieto di compartimentazione dei mercati e sul correlativo obbligo di consentire le vendite passive, si veda la sentenza della Corte in cause riunite n. 32, n. 36-82/78, del 12 luglio 1979, *BMW Belgium SA ed a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1979, p. 2435.

²⁰ Art. 3, par. 3.

L'obiettivo della Commissione consisteva, pertanto, nello stimolare la concorrenza *inter* ed *intra brand*, nel ridurre le differenze di prezzo tra i vari Stati membri e nell'aumentare l'indipendenza dei distributori.

2. Le ragioni che hanno indotto ad adottare il regolamento n. 1400/2002

Dal 1993, la Commissione cominciò ad effettuare valutazioni semestrali sull'andamento dei prezzi del settore degli autoveicoli nel territorio comunitario, allo scopo di aumentare la trasparenza, di stimolare gli acquisti transfrontalieri da parte dei consumatori e di monitorare l'esistenza di pratiche anti-competitive poste in essere dai produttori per mantenere i prezzi artificialmente alti in taluni mercati.

Il 15 novembre 2000, la Commissione pubblicò la relazione sulla valutazione del regolamento (Ce) n. 1475/95 relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3, del Trattato a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il relativo servizio di assistenza alla clientela²¹. Ne derivò una valutazione altamente negativa della normativa allora in vigore.

La Commissione evidenziò come il cumulo di distribuzione esclusiva e selettiva quantitativa con l'aggiunta di clausole di monomarchismo e l'obbligo di fornire i servizi di assistenza *post-vendita*, aggravato dall'adozione di forme di distribuzione analoghe, avesse comportato il verificarsi del c.d. effetto cumulativo, ossia la creazione di reti distributive pressoché identiche. Ciò avrebbe potuto rendere l'accesso alle reti di vendita per i nuovi produttori praticamente impossibile²².

La Commissione, poi, espresse serio timore circa l'inefficacia del regolamento in questione anche alla luce delle numerose ammende inflitte per gravi restrizioni della concorrenza, quali compartimentazione dei mercati²³ e

²¹ Com(2000)743 def.

²² Punti 19-20 della Relazione, *loc. cit.* Nella medesima relazione, la Commissione ha, altresì, evidenziato come l'introduzione della c.d. *lean distribution*, ossia ordini effettuati dai distributori sulla base delle specifiche richieste di un dato cliente, avrebbe potuto contribuire ad eliminare le diseconomie ed inefficienze create invece dal sistema c.d. *stock-push*, in base al quale i distributori devono ordinare un dato quantitativo di autoveicoli che prescindono dalle specifiche richieste dei clienti. Ciò comportava un aggravio di costi per i distributori che si trovavano ad avere un numero molto elevato di vetture in *stock* che dovevano poi cercare di rivendere, al limite con ulteriori sconti. Ad avviso della Commissione, tale sistema era stato avvantaggiato dalla normativa allora in vigore che creava un vincolo di dipendenza più forte per il distributore.

²³ Cfr. sentenza del Tribunale del 6 luglio 2000 in causa n. T-62/98, *Volkswagen AG c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 2707, in cui il Tribunale ha ridotto l'ammenda in precedenza inflitta a 90 milioni di euro per avere la *Volkswagen* posto in essere, di concerto con le sue controllate AUDI AG e Autogerma Spa, una strategia volta ad impedire ed ostacolare gli acquisti di autovetture nuove in Italia da parte, soprattutto, di clienti finali tedeschi ed austriaci. Tale pronuncia è stata altresì confermata anche dalla Corte di giustizia con la sentenza del 18 settembre 2003 in causa n. C-338/00P, *Volkswagen AG c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9189. La Commissione inflisse un'ulteriore ammenda sempre alla società Volkswagen per aver fissato il prezzo di rivendita del modello *Volkswagen Passat* in Germania. Il Tribunale, però, con sentenza del 2 dicembre

imposizione di prezzi. Da tali decisioni, la Commissione trasse la conseguenza²⁴ che l'obiettivo di tutela dei consumatori nell'ambito del mercato unico non era stato raggiunto.

La concorrenza *intra-brand* non risultava particolarmente vivace a livello nazionale, in virtù delle politiche sui prezzi ed i margini per i distributori, che comportavano una certa omogeneità degli stessi²⁵. La concorrenza risultava maggiore tra distributori di diversi Stati membri in virtù di una notevole divergenza di prezzi. Inoltre, la Commissione sottolineò come la concorrenza subisse serie limitazioni per la possibilità di inserire restrizioni alla pubblicità personalizzata al di fuori dei territori contrattuali ed alle limitazioni di vendita per soggetti non appartenenti alla rete autorizzata.

Con riferimento al settore *post-vendita*, la Commissione rilevò come non vi fosse ragione per giustificare il vincolo imposto dal regolamento di unire la vendita di autoveicoli al servizio di assistenza²⁶. Fu criticato lo scarso utilizzo da parte dei concessionari di pezzi di ricambio non originali, ma di qualità corrispondente ai ricambi originali²⁷.

Le regole previste per il multi-marchismo, ossia possedere un'entità giuridica ed un'ubicazione distinta, rappresentavano una scelta troppo onerosa dal punto di vista economico ed una limitazione della concorrenza *inter-brand*²⁸.

Infine, la Commissione rilevò come non fosse stato raggiunto l'obiettivo di rendere più indipendente il distributore dai costruttori, nonostante la presenza di talune norme volte proprio a soddisfare tale profilo, come quelle in materia di termine di preavviso per il recesso dal contratto di distribuzione o il diritto di negoziare gli obiettivi di vendita e l'arbitrato.

All'esito di tale valutazione, la Commissione decise di rivedere completamente le norme di esenzione di categoria per il settore automobilistico ed indicò, chiaramente, l'inidoneità delle norme generali sulle restrizioni vertica-

2003 in causa n. T-208/01, *Volkswagen c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 5141 annullò la decisione in quanto non ritenne provato il concorso della volontà dei distributori di porre in essere una pratica restrittiva della concorrenza (sentenza poi confermata dalla Corte di giustizia il 13 luglio 2006 in causa n. C-74/04P, *Commissione c. Volkswagen AG*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 6585). La Commissione sanzionò anche la *DaimlerChrysler AG* per aver fissato i prezzi di rivendita in Belgio ed in altri Stati (la decisione venne poi parzialmente annullata dal Tribunale che limitò l'ammenda a 9,8 milioni di euro, con la sentenza del 15 settembre 2005 in causa n. T-325/01, in *Raccolta*, 2005, II, p. 3319). Anche *General Motors Nederland BV* e *Opel Nederland BV* furono sanzionate per avere imposto restrizioni alle vendite all'estero ai propri concessionari olandesi (il Tribunale ridusse la sanzione a 35.475 euro con la sentenza del 21 ottobre 2003 in causa n. T-368/00, in *Raccolta*, 2003, II, p. 4492; tale pronuncia è stata confermata anche dalla Corte nella sentenza del 6 aprile 2006 in causa n. C-551/03, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3173). Da ultimo si veda la recente pronuncia del Tribunale del 9 luglio 2009 in causa n. T-450/05, *Peugeot SA c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²⁴ Relazione, *cit. supra*, nota 21, p. 60.

²⁵ Relazione, *loc. cit.*, p. 68.

²⁶ *Ivi*, p. 78.

²⁷ *Ivi*, p. 82.

²⁸ *Ivi*, p. 89.

li di cui al regolamento n. 2790/99²⁹, nel frattempo adottato, a far fronte ai gravi problemi di concorrenza che detto mercato³⁰ stava affrontando.

Si riteneva, infatti, che i problemi di concorrenza evidenziati fossero dovuti essenzialmente all'omogeneità dei sistemi di distribuzione ed alla necessità di norme più specifiche rispetto a quelle generali contenute nel regolamento sulle restrizioni verticali. L'opportunità di norme *ad hoc* derivava, poi, dalla considerazione che, nel settore automobilistico, la rete di distribuzione selettiva copriva più del 50% del mercato e che la quota di mercato dei cinque maggiori fornitori copriva più del 50% dello stesso. Ciò avrebbe comportato l'esclusione della revoca dal beneficio dell'esenzione di categoria prevista nel regolamento n. 2790/99³¹.

Inoltre, il settore in esame non avrebbe potuto beneficiare della esenzione generale, in quanto la Commissione rilevava come le reti di distribuzione di taluni fornitori superassero la soglia della quota del 30% del mercato, necessaria invece per poterne usufruire. Le norme generali non sarebbero state in grado di garantire in maniera sufficiente il multi-marchismo, in virtù della possibilità di inserire clausole di non concorrenza per un periodo di 5 anni.

Il regolamento n. 2790/99 non conteneva la clausola di disponibilità, in base alla quale i rivenditori possono ordinare vetture con caratteristiche specifiche di un determinato mercato; la tutela della concorrenza nell'ambito dei servizi *post-contrattuali* non sarebbe stata sufficientemente tutelata in assenza di specifiche norme.

3. La disciplina del regolamento n. 1400/2002

Il regolamento n. 1400/2002 è entrato in vigore il 1° ottobre 2002 andando ad incidere sensibilmente sulla disciplina previgente.

L'innovazione più consistente riguarda il divieto di combinazione tra distribuzione selettiva³² ed esclusiva, al fine di evitare il c.d. effetto camicia di

²⁹ *Cit. supra*, nota 12.

³⁰ La Commissione, sulla base di ulteriori consultazioni, (Comunicazione ai sensi dell'art. 5 del regolamento n. 19/65/Cee del Consiglio del 2 marzo 1965 relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate, in *Guce* n. C 67 del 16 marzo 2002, p. 2 ss.), si era infatti avveduta di talune problematiche che continuavano a sussistere nonostante l'emanazione del regolamento del 1995.

³¹ Artt. 6, 7 e 8 del regolamento n. 2790/99.

³² La lett. *f.* dell'art. 1 del regolamento n. 1400/2002 definisce la distribuzione selettiva come «un sistema di distribuzione nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori o riparatori selezionati in base a criteri specifici e nel quale i distributori o riparatori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a distributori non autorizzati o riparatori indipendenti, fatta salva la facoltà di vendere pezzi di ricambio a riparatori indipendenti o l'obbligo di fornire agli operatori indipendenti tutte le informazioni tecniche, apparecchiature di diagnostica, attrezzature e informazioni necessarie per la riparazione e la manutenzione degli autoveicoli o per l'attuazione di misure per la tutela dell'ambiente».

forza che la previgente normativa aveva comportato³³. Ogni costruttore può pertanto, teoricamente, decidere quale sistema di distribuzione adottare³⁴.

L'art. 3 prevede quote di mercato³⁵ differenti a seconda della tipologia di distribuzione prescelta dal produttore: l'esenzione si applica alla distribuzione esclusiva di autoveicoli ed alle reti di servizi di ricambio e manutenzione, a condizione che il produttore non abbia una quota di mercato superiore al 30%; tale soglia è aumentata fino al 40% nel caso in cui, solo per la vendita di autoveicoli nuovi, venga adottata una distribuzione selettiva basata su criteri quantitativi³⁶. Non viene, invece, prevista nessuna soglia di mercato per la distribuzione selettiva basata su criteri di qualità³⁷, conformemente all'orientamento consolidato in base al quale tale tipologia di distribuzione viene da tempo ritenuta come non lesiva della concorrenza, se non accompagnata da ulteriori clausole restrittive³⁸.

³³ Nota esplicativa sul progetto di regolamento della Commissione relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nell'industria automobilistica, in *Guce* n. C 67 del 16 marzo 2002, p. 2 ss.

³⁴ In realtà per quasi tutti i produttori, la scelta della distribuzione selettiva quantitativa è stata pressoché obbligata in virtù della più alta quota di mercato prevista per tale forma di distribuzione. In materia si veda A. SCOGNAMIGLIO, *Esiste una reale possibilità di scelta tra sistema esclusivo e sistema selettivo?*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 163 ss.

³⁵ Sulle difficoltà di calcolo della quota di mercato nel settore automobilistico, M. DAL PRÀ, *Riflessioni intorno alle definizioni di mercato rilevante nel settore degli autoveicoli ai fini dell'applicazione del nuovo regolamento auto*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 130 ss.

³⁶ Ai sensi del regolamento n. 1400/2002, art. 1, lett. h. con tale locuzione si intende «un sistema di distribuzione selettiva nel quale il fornitore utilizza per la selezione dei distributori o dei riparatori criteri che ne limitano direttamente il numero». Tra tali criteri, vengono annoverati l'obbligo di acquisti minimi, la fissazione di un numero massimo di rivenditori per zona, criteri minimi di fatturato.

³⁷ Ossia quei sistemi in cui il produttore utilizza «per la selezione dei distributori o dei riparatori criteri di carattere esclusivamente qualitativo, richiesti dalla natura dei beni o servizi oggetto del contratto, che sono stabiliti in maniera uniforme per tutti i distributori o riparatori che chiedono di far parte del sistema, non sono applicati in modo discriminatorio e non limitano direttamente il numero dei distributori o dei riparatori» (regolamento n. 1400/2002, art. 1, lett. h.).

³⁸ Tale orientamento risale alla sentenza *Metro* (sentenza della Corte del 15 ottobre 1977 in causa n. 26/76, *Metro S-Grossmaerke GmbH et Co. Kg c. Commissione*, in *Raccolta*, 1977, p. 1875), in cui al punto 20 è stato statuito che «(...) La Commissione, a ragione veduta ha ammesso che sistemi di distribuzione selettiva costituiscono uno degli elementi di concorrenza conformi all'art. 85, n. 1, purché la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi di indole qualitativa, riguardanti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti, questi requisiti siano richiesti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengano valutati in modo non discriminatorio». Successivamente, esso è stato ripreso anche dalle Linee direttrici sulle restrizioni verticali della Commissione, in *Guce* n. C 291 del 13 ottobre 2000, p. 1 ss. Il punto 185 espressamente prevede che «(...) ai fini della valutazione di eventuali effetti anticoncorrenziali della distribuzione selettiva ai sensi dell'art. 81, par. 1, è necessario fare una distinzione tra accordi di distribuzione selettiva puramente qualitativa e accordi di distribuzione selettiva quantitativa. Gli accordi di distribuzione selettiva puramente qualitativa selezionano i concessionari unicamente sulla base di criteri oggettivi collegati alla natura dei prodotti, quali il livello di qualificazione professionale del personale addetto alle vendite, il servizio fornito da ciascun punto vendita autorizzato, la vendita di una determinata gamma di prodotti ecc. L'applicazione di tali criteri non impone un limite diretto al numero dei concessionari. In genere, si ritiene che la distribuzione selettiva basata su criteri puramente qualitativi non rientri nell'ambito dell'art. 81, par. 1, in quanto non provoca effetti anticoncorrenziali, purché vengano soddisfatte tre condizioni. In primo luogo la natura del prodotto in questione deve rendere necessario un sistema di distribuzione selettiva nel senso che un tale sistema deve rappresentare un requisito legittimo, in considerazione delle caratteristiche del

Il medesimo art. 3 prevede altri requisiti che devono essere soddisfatti al fine di poter ottenere l'esenzione e volti, precipuamente, a tutelare l'indipendenza del distributore. Il par. 3 stabilisce che questi possa liberamente trasferire i propri diritti ed obblighi contrattuali a favore di un altro distributore o riparatore appartenente alla rete senza che il produttore possa opporre alcuna eccezione. Il successivo par. 4 precisa che, nel caso in cui un produttore decida di risolvere il contratto di distribuzione, debba darne notifica alla propria controparte per iscritto, specificando i motivi particolareggiati, obiettivi e trasparenti del recesso. La *ratio* di tale norma, per espressa previsione normativa, consiste nell'evitare che un produttore receda dal rapporto contrattuale nel caso in cui il distributore ponga in essere comportamenti procompetitivi. Il par. 5 aggiunge che l'accordo deve essere stipulato per una durata di almeno cinque anni, con un obbligo di preavviso per il mancato rinnovo di almeno sei mesi, ovvero per una durata indeterminata, nel qual caso, l'obbligo di preavviso per il recesso risulta pari a due anni. Il preavviso può essere ridotto ad un anno se il produttore debba corrispondere al distributore una indennità al termine della relazione contrattuale, oppure se sia necessario procedere ad una ristrutturazione della rete. Il par. 6 prevede, inoltre, che ciascuna delle parti possa avere la possibilità di ricorrere ad un arbitro o ad un esperto indipendente in caso di controversie relative al rispetto degli obblighi contrattuali.

L'art. 4 elenca le c.d. *hard core restrictions* che rendono non applicabile la "zona di sicurezza" costituita dal regolamento. Tali restrizioni vengono suddivise in tre categorie a seconda che riguardino sia la vendita che i servizi di riparazione, solo la vendita o solo i servizi di riparazione.

Per quanto riguarda la prima categoria di restrizioni, la norma in esame prevede il divieto di imporre un prezzo fisso di rivendita, fatta salva la facoltà per il distributore di imporre un prezzo massimo o di limitarsi a raccomandare un prezzo di vendita e di imporre limitazioni relative al territorio o ai clienti cui il distributore o riparatore possono rispettivamente vendere o prestare i servizi. Tale divieto subisce un'eccezione nei seguenti casi che risultano, pertanto, ammissibili: il divieto di vendite attive nei territori esclusivi attribuiti allo stesso produttore o ad un altro distributore; le restrizioni delle vendite agli utilizzatori finali da parte di rivenditori all'ingrosso; la restrizione delle vendite di autoveicoli e pezzi di ricambio a distributori non autorizzati nel caso in cui venga adottata una distribuzione selettiva; le restrizioni alla facoltà di un acquirente di vendere componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare prodotti simili a quelli del produttore.

Sempre nell'ambito della prima categoria, viene altresì stabilito il divieto

prodotto in questione, per conservarne la qualità e garantirne un utilizzo corretto. In secondo luogo la scelta dei rivenditori deve avvenire secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio. In terzo luogo i criteri stabiliti non devono andare oltre il necessario».

di restrizione di forniture incrociate tra distributori appartenenti alla stessa rete nel caso della distribuzione selettiva; il divieto di restrizioni alla vendita da parte degli utilizzatori finali; infine la c.d. *location clause*, la quale prevede il divieto di impedire ad un membro della distribuzione selettiva di operare da un luogo di stabilimento diverso da quello autorizzato.

Con riferimento alla seconda categoria di restrizioni, ovvero quelle che riguardano solamente la vendita di autoveicoli, la lista nera comprende il divieto della facoltà del distributore di vendere tutti gli autoveicoli che corrispondono alla gamma contrattuale (c.d. clausola di disponibilità) e l'imposizione del divieto per il distributore di subappaltare i servizi di riparazione e manutenzione. Viene così definitivamente sancita la fine di quel *legame naturale* che nelle normative passate aveva imposto l'obbligo per tutti i distributori di effettuare anche i servizi di assistenza *post vendita*³⁹.

Per quanto attiene, infine, alla terza categoria, ossia le restrizioni per i servizi di assistenza, manutenzione e pezzi di ricambio, l'art. 4 prevede il divieto di restringere la facoltà del riparatore autorizzato di limitare la propria attività al servizio di riparazione e manutenzione ed alla distribuzione dei pezzi di ricambio; la restrizione della vendita di pezzi di ricambio da parte di membri di una distribuzione selettiva a riparatori indipendenti; la restrizione, concordata tra un fornitore di pezzi di ricambio e attrezzature di diagnostica, che vada a limitare la possibilità per il primo di vendere tali pezzi e apparecchiature a distributori, riparatori autorizzati ed indipendenti o utilizzatori finali; la restrizione della facoltà del distributore o di un riparatore autorizzato di ottenere pezzi di ricambio di qualità corrispondente da un'impresa terza e di utilizzarli per i servizi di riparazione. Tale ultimo divieto subisce un'attenuazione nella misura in cui il produttore può richiedere che per i servizi di garanzia e le campagne di richiamo vengano utilizzati pezzi da lui forniti.

Da ultimo, la normativa in esame prevede stringenti divieti per gli obblighi di non concorrenza, ancorché non ostativi dell'esenzione, ma comportanti la mera nullità degli stessi. La definizione di tali obblighi risulta di maggiore ampiezza rispetto a quella prevista dal regolamento n. 2790/99, poiché il tetto per la possibilità del fornitore di imporre l'obbligo di acquisto presso di lui risulta pari al 30% degli acquisti annui complessivi, mentre quello della normativa generale sulle restrizioni verticali prevede un tetto dell'80% degli acquisti complessivi⁴⁰. Ciò comporta che ogni distributore non potrà rappresen-

³⁹ L'unico obbligo che il produttore può esigere a tal proposito consiste nel richiedere che il distributore fornisca agli utilizzatori finali, prima della conclusione del contratto, il nome e l'indirizzo del riparatore autorizzato, se nessuno dei riparatori autorizzati si trovi nelle vicinanze e di informare sulla distanza da percorrere (art. 4, par. 1, lett. g.).

⁴⁰ Secondo l'art. 1, par. 1, lett. b., per obbligo di non concorrenza si intende «qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di non produrre, acquistare, vendere o rivendere beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi oggetto del contratto ovvero qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore o da un'altra impresa da questo

tare più di tre produttori di automobili, nel caso in cui ognuno di essi imponga l'obbligo di acquistare almeno il 30% degli acquisti annui⁴¹. I produttori possono, però, esigere che i veicoli di altre marche siano vendute in aree separate del salone di esposizione per evitare confusione tra i marchi, mentre la richiesta di impiego di personale specifico per le singole marche viene considerato come un obbligo di non concorrenza vietato, salvo il caso in cui il produttore non assuma a suo carico tutti i relativi costi addizionali.

Il medesimo divieto di non concorrenza vige anche per i servizi *post-vendita*: i riparatori autorizzati devono essere lasciati liberi di riparare le autovetture di tutte le marche che desiderano.

4. Critiche al regolamento n. 1400/2002 e nuove iniziative della Commissione

Il regolamento in esame è stato oggetto di critiche, in quanto si è ritenuto che più che una normativa di esenzione dal diritto *antitrust*, si trattasse di una regolamentazione di settore⁴² e che, addirittura, si fosse in presenza di un teorico sviamento di potere della Commissione⁴³.

Numerose norme del regolamento, infatti, vanno ad incidere direttamente sul contenuto contrattuale, deviando così dall'approccio economico⁴⁴ adottato dalla Commissione per i regolamenti di esenzione di categoria di "nuova generazione"⁴⁵.

indicata più del 30% degli acquisti annui complessivi dei beni o servizi contrattuali, dei beni corrispondenti o dei loro succedanei effettuati dall'acquirente stesso sul mercato rilevante, calcolati sulla base del valore dei suoi acquisti relativi all'anno civile precedente».

⁴¹ Per un'ampia disamina di questa clausola si veda F. BORTOLOTTI, *Distribuzione selettiva ed esclusiva nel regolamento 1400/2002: verso una nuova configurazione del concessionario di autoveicoli*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 71 ss.

⁴² M. BIANCHI, *Un primo commento al nuovo Regolamento Auto*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 28 ss.; C. OSTI, *Nelle pieghe del Regolamento sulla distribuzione automobilistica*, *ivi*, p. 38 e ss.; S. BASTIANON - B. NASCIBENE, *La nuova disciplina comunitaria in materia di distribuzione degli autoveicoli: regolamento di esenzione o regolamentazione settoriale?*, *ivi*, p. 90 ss.; T. SALONICO - G. L. ZAMPA, *Il reg. 1400/2002: esenzione antitrust o regolazione di settore?*, *ivi*, p. 100 ss.; G. BRUZZONE - A. SAJIA, *Modernizzazione dei regolamenti di esenzione: i confini rispetto alla regolazione settoriale*, *ivi*, p. 108 ss.

⁴³ P. MENGOZZI, *Il regolamento 1400/2002 e le vie seguite dalla Commissione per la tutela della concorrenza nel settore delle automobili*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 1 ss., in particolare, p. 14.

⁴⁴ Cfr. sul punto e con specifico riguardo alle restrizioni verticali, P. MANZINI, *La riforma della disciplina comunitaria delle restrizioni verticali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 551 ss.

⁴⁵ In dottrina (S. BASTIANON - B. NASCIBENE, *La nuova disciplina comunitaria in materia di distribuzione degli autoveicoli: regolamento di esenzione o regolamentazione settoriale?*, *loc. cit.*, p. 94) è stato osservato che il regolamento in questione pare essere un «minuzioso intervento di regolamentazione settoriale, posto che le ventiquattro definizioni contenute nell'art. 1 unitamente alla previsione delle condizioni generali di cui all'art. 3, delle condizioni specifiche di cui all'art. 5 e di talune restrizioni fondamentali elencate nell'art. 4, attribuiscono alla normativa in esame una portata altamente formalistica, solo parzialmente temperata dall'utilizzo delle quote di mercato quale strumento di valutazione della portata anticompetitiva degli accordi in questione».

Da un lato, infatti, la normativa in questione prende come parametro di riferimento per la liceità o meno di determinati accordi, la quota di mercato delle imprese coinvolte, ponendosi così nel solco dell'approccio più economico seguito recentemente dalle istituzioni comunitarie nella materia *anti-trust*. Dall'altro lato, vengono previste minuziose clausole che devono essere inserite nei contratti affinché essi possano beneficiare dell'esenzione di categoria, dando così luogo a quell'insieme di clausole bianche – ammesse – e nere – vietate – che aveva caratterizzato tutta la normativa precedente l'adozione del regolamento n. 2790/99.

Il regolamento n. 1400/2002, poi, contiene anche un insieme di previsioni che poco o nulla hanno a che fare con il diritto della concorrenza. Ci riferiamo, in particolare, alle norme relative alla durata del contratto, a quelle sulla durata del termine di preavviso e all'obbligo di motivazione per poterlo esercitare che hanno indotto parte della dottrina a parlare addirittura dell'introduzione di un *tertium genus* in tema di risoluzione del contratto⁴⁶. Altre previsioni, come quella che impone al produttore di automobili di fornire tutte le informazioni tecniche e le attrezzature di diagnostica ai riparatori indipendenti, fanno persino dubitare, secondo parte della dottrina⁴⁷, che si sia in presenza di una possibilità di intesa ai sensi dell'art. 81 TCE e che ci si trovi, invece, dinanzi ad un comportamento unilaterale, che potrebbe essere sanzionato solo se e nella misura in cui vi sia posizione dominante.

Il regolamento in questione, inoltre, è stato criticato anche con riferimento al raggiungimento dei risultati sperati⁴⁸. La concorrenza nel settore delle automobili appare migliorata, ma per cause esogene e non certo per la presenza della disciplina contenuta nel regolamento n. 1400/2002.

Oggi ci troviamo di fronte a un momento importante per l'evoluzione di detta disciplina. Il regolamento n. 1400/2002 è destinato a scadere il 31 maggio 2010. Come sopra accennato, la Commissione, a seguito della pubblicazione della Relazione di valutazione del suddetto regolamento e della Comunicazione sul futuro quadro normativo per il settore automobilistico ha, da un lato, fortemente criticato la normativa attualmente in vigore e, dall'altro, auspicato l'adozione di una normativa più flessibile, che molto probabilmente consisterà nell'inclusione di detto settore nella normativa generale sulle restrizioni verticali.

⁴⁶ Tale forma di risoluzione si affiancherebbe dunque al recesso ed alla risoluzione per inadempimento, introducendo una ulteriore specifica ipotesi di recesso per giustificato motivo. Per ulteriori riferimenti si veda M. BIANCHI, *Un primo commento al nuovo Regolamento Auto*, cit. *supra*, nota 42, p. 33.

⁴⁷ P. MENGOZZI, *Il Regolamento 1400/2002 e le vie seguite dalla Commissione per la tutela della concorrenza nel settore delle automobili*, cit. *supra*, nota 43, p. 12.

⁴⁸ R. A. GREGORIO, *Driving Competition. The Impact of Regulation 1400/2002 on Motor Vehicle Distribution*, in *World Competition*, 2008, p. 299 ss.

La valutazione della situazione concorrenziale è nel complesso positiva. Il mercato della vendita degli autoveicoli nuovi risulta essere altamente competitivo e vivace, come si evince dalle continue fluttuazioni delle quote di mercato e che ha condotto anche ad un ribasso generale dei prezzi; la concorrenza risulta essere, invece, meno intensa in quello dei servizi di riparazione e distribuzione dei pezzi di ricambio⁴⁹. Seppure il regolamento oggi in vigore abbia contribuito ad aumentare considerevolmente la possibilità di scelta da parte dei consumatori ed a una riduzione dei prezzi per i servizi di assistenza e riparazione, questo mercato necessita ancora di norme specifiche.

Nel complesso, però, talune norme particolarmente restrittive presenti nel regolamento e, forse, anche l'idea stessa di avere una regolamentazione separata per il settore delle automobili, non pare più trovare quel substrato giustificativo che era, invece, presente all'epoca di adozione del regolamento.

Ad avviso dell'istituzione comunitaria, infatti, diverse disposizioni della normativa in esame potrebbero essere suscettibili di imporre alle parti restrizioni non indispensabili per la concorrenza effettiva⁵⁰.

Al fine di giungere alle sopra descritte valutazioni, la Commissione ha esaminato se i sette obiettivi perseguiti al momento dell'emanazione del regolamento n. 1400/2002 sono stati raggiunti e se l'inclusione del settore automobilistico nella disciplina generale consentirà comunque il raggiungimento degli stessi, i quali rimangono scelte strategiche che l'istituzione comunitaria intende perseguire.

4.1 Accesso al mercato dei costruttori automobilistici

Il primo obiettivo consisteva nell'impedire la preclusione dei costruttori automobilistici concorrenti e garantire il loro accesso al mercato.

Tale obiettivo doveva essere perseguito, almeno nelle intenzioni della Commissione, grazie al divieto dell'obbligo di non concorrenza e dalle norme che dovevano garantire le vendite multimarca.

Dall'analisi effettuata, però, la Commissione inferisce che i medesimi risultati avrebbero potuto essere raggiunti anche con la mera applicazione del regolamento n. 2790/99 e che, anzi, le norme del regolamento settoriale hanno rappresentato un errore definito del "tipo I"⁵¹, ossia hanno rappresentato una *overdeterrence*, in quanto hanno imposto obblighi non necessari per il

⁴⁹ Per maggiori dettagli sulle condizioni concorrenziali ed economiche del settore in esame, si veda l'*Impact Assessment*, cit. *supra*, nota 1, par. 2.2.

⁵⁰ Relazione, cit. *supra*, nota 8, p. 3. La Commissione ha sottolineato come tale circostanza si porrebbe altresì in contrasto con i principi dell'iniziativa «Legiferare meglio» applicabili a tutta la legislazione comunitaria. Per maggiori riferimenti si veda il sito della Commissione in materia http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index.en.htm.

⁵¹ *Staff Working Paper No. 2*, cit. *supra*, nota 9, p. 6.

raggiungimento dell'obiettivo del mantenimento della concorrenza e hanno condotto a transazioni meno efficienti.

Secondo la valutazione della Commissione, alla luce della situazione altamente concorrenziale del mercato e dall'ingresso di nuovi produttori, non si pongono problemi particolari di chiusura delle reti distributive. Tale maggiore apertura non sembra, però, derivare dalle previsioni contenute nel regolamento, poiché le indagini empiriche hanno dimostrato che le modalità di vendita multimarca variano notevolmente e occorre effettuare delle singole valutazioni a seconda dei casi concreti⁵². La Commissione ha, in particolare, constatato che le vendite multimarca in un singolo *showroom* sono pressoché inesistenti, a causa delle difficoltà riscontrate nel conciliare la tutela del marchio e dell'immagine dei vari produttori. Nei casi in cui ciò è avvenuto, sono state le forze di mercato a determinarlo, come nelle zone scarsamente popolate⁵³. I produttori avrebbero probabilmente consentito ugualmente la rivendita multimarca, nel caso in cui questo avesse potuto rivestire un'importanza commerciale. Da un'altra prospettiva, è stato osservato che, in taluni casi, tale tipologia di vendita potrebbe aver indotto i costruttori ad esigere *standard* qualitativi più elevati proprio per far fronte al rischio di una diluizione del marchio e dell'immagine dovuta alla possibilità del *multibranding*.

Secondo la giurisprudenza della Corte⁵⁴, infatti, gli obblighi di esclusività non vengono considerati quali restrizioni della concorrenza per oggetto e possono non rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 81 TCE qualora le condizioni definite nella Comunicazione *de minimis*⁵⁵ vengano rispettate. Pertanto, la mancata inclusione degli obblighi di esclusiva dal campo di applicazione del regolamento di esenzione di categoria generale non comporta automaticamente il diritto per i distributori di rivendere anche marchi concorrenti, ma dovrà essere oggetto di analisi il contesto economico in cui tale obbligo va ad esplicarsi⁵⁶. La normativa generale di esenzione di categoria copre tale tipologia di accordi nella misura in cui il fornitore non detenga una quota di

⁵² Secondo la Commissione esistono tre modalità attraverso cui si può sviluppare la vendita multimarca: attraverso la vendita di marche concorrenti in luoghi differenti, spesso attuata attraverso l'acquisizione di un altro distributore; attraverso differenti *showroom* ubicati nella stessa area; attraverso un unico *showroom*. Cfr. sul punto *Staff Working Paper No. 4*, cit. *supra*, nota 9.

⁵³ *Staff Working Paper No. 2*, cit. *supra*, nota 9, p. 3.

⁵⁴ Sentenza della Corte del 28 febbraio 1991 in causa n. C-234/89, *Delimitis c. Henninger Bräu AG*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 935.

⁵⁵ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili alla 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. Si ritiene che nel caso del mercato dell'automobile debba essere applicata la soglia più bassa del 5% e non quella generale del 15% per tale tipologia di accordi, in quanto ci si trova in presenza di reti parallele di accordi che possono condurre ad un effetto di preclusione, così come stabilito al punto 8 di detta Comunicazione.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione «Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico», cit. *supra*, nota 11.

mercato superiore al 30% ed a condizione che i suddetti obblighi non durino più di cinque anni.

La Commissione ha ammesso di non aver mai ricevuto nessuna denuncia circa difficoltà riscontrate dai distributori per la rivendita multimarca. Si sono, invece, verificati due casi⁵⁷ in cui l'istituzione comunitaria è dovuta intervenire, ma che si sono risolti con un'assunzione di impegni da parte dei costruttori interessati e che riguardavano sistemi di calcolo degli obiettivi di vendita⁵⁸, che andavano a scoraggiare, seppure indirettamente, le vendite multimarca. La valutazione della Commissione non si è basata sulle norme contenute nel regolamento o sulla soglia del 30% degli acquisti annuali massimi ivi indicata, bensì analizzando in dettaglio le pratiche poste in essere dai produttori.

Alla luce di tali considerazioni, la Commissione ha ricavato che gli stessi risultati avrebbero potuto essere raggiunti anche con la mera applicazione del regolamento generale. Gli attuali artt. 5, lett. *a.*, e 1, lett. *b.*, del regolamento n. 2790/1999, che non paiono aver subito rilevanti modifiche nella proposta legislativa della Commissione⁵⁹, impongono rispettivamente un divieto di obbligo di non concorrenza, diretto o indiretto, la cui durata sia indeterminata o superiore a cinque anni⁶⁰ ed una definizione di obbligo di non concorrenza meno restrittiva rispetto all'analogo obbligo di cui al regolamento n. 1400/2002. Infatti, viene stabilito che rientri in tale definizione qualsivoglia obbligo, diretto o indiretto, per il rivenditore di non produrre, vendere o rivendere beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi oggetto del contratto o l'obbligo che impone al rivenditore di acquistare dal fornitore più dell'80% degli acquisti annui complessivi. Se il settore *automotive* rientrerà nella disciplina generale, dunque, sarà possibile la previsione di queste tipologie di clausole; il distributore, però, dovrà rimanere libero, al termine dei cinque anni, di rivendere anche marchi differenti, ancorché da un punto vendita differente. La Commissione, infatti, si è avveduta che le vendite multimarca non

⁵⁷ Caso *General Motors*, *Commission press release* IP/06/3030 del 13 marzo 2006; caso *BMW*, *Commission Press release*, IP/06/302 del 13 marzo 2006. In un altro caso, proprio in virtù del fatto che la presenza di obblighi di non concorrenza non è ostativa all'esenzione, ma porta alla nullità della relativa clausola, la Commissione ha accettato il comportamento della nota casa automobilistica *Porsche* di avvalersi della Comunicazione c.d. *de minimis*, cit. *supra*, nota 55, al fine di poter inserire nei propri contratti clausole di non concorrenza anche per i riparatori autorizzati, la possibilità di non applicare la *location clause* e la possibilità di inserire l'obbligo di vendere marche concorrenti in locali differenti e con l'utilizzo di personale differente.

⁵⁸ Sulla legittimità di tale pratiche contrattuali si veda A. FRIGNANI, *Obiettivi di penetrazione sul territorio e obiettivi di vendita pattuiti tra fornitori e distributori, alla luce del nuovo regolamento di esenzione di accordi verticali e pratiche nel settore automobilistico*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 145 ss.

⁵⁹ Vedi *supra*, nota 12.

⁶⁰ La norma in questione prevede, altresì, il divieto di obblighi di non concorrenza stipulati per una durata indeterminata. Tale divieto, però, viene meno nel caso in cui i beni o i servizi vengano venduti dall'acquirente in locali e terreni di proprietà del fornitore, purché la durata dell'obbligo sia pari a quella del periodo di occupazione di detti terreni o locali.

dipendono da astratte previsioni legislative, ma dalla mera convenienza economica delle stesse⁶¹.

Con riferimento, invece, al settore *post-vendita*, la Commissione ha rilevato come, in considerazione del fatto che quasi tutti i produttori detengono quote di mercato superiori alla soglia del 30%, gli obblighi di esclusiva non potrebbero in ogni caso applicarsi e, pertanto, l'applicazione della normativa generale non comporterebbe conseguenze significative rispetto alla situazione attuale⁶².

La Commissione dà atto che per tali aspetti emanerà orientamenti specifici volti a chiarire in quali circostanze il beneficio dall'esenzione di categoria potrà essere revocato, ossia quando le esclusive siano suscettibili di escludere nuovi operatori, limitando così la concorrenza⁶³.

4.2 Rafforzamento della concorrenza *intra-brand*, innovazione nelle forme di distribuzione e facilitazione degli scambi transfrontalieri

Il secondo obiettivo, che consisteva nel rafforzare la concorrenza tra rivenditori della stessa marca, incoraggiando la diversità delle forme di distribuzione, non pare invece essere stato raggiunto. Uno degli scopi dell'emanazione del regolamento in esame consisteva, proprio, nell'incoraggiare l'introduzione di diverse forme di distribuzione, come quelle attraverso *internet* e i grandi supermercati, oltre che una differenziazione delle reti dei vari produttori.

Il regolamento n. 1400/2002 si prefiggeva lo scopo di consentire una diversificazione dei sistemi distributivi. Praticamente tutti i costruttori hanno, invece, scelto il medesimo sistema distributivo, ossia reti selettive quantitative che hanno condotto ad una sostanziale riduzione della densità della rete. Questa circostanza potrebbe essere stata incoraggiata dal fatto che, per detta forma di distribuzione, il regolamento prevede una soglia di mercato più elevata (40% delle quote di mercato). Ciò viene definito anomalo⁶⁴, poiché si ritiene che la distribuzione quantitativa limiti maggiormente la concorrenza rispetto alla distribuzione esclusiva.

Ciononostante, non si è avuta una restrizione della concorrenza *intra-brand*; le automobili sono un bene costoso e, pertanto, i consumatori sono disposti a percorrere anche lunghe distanze per ottenere prezzi più bassi. Secondo la Commissione, dunque, nonostante la concorrenza *intra-brand* possa subire delle restrizioni a causa dell'effetto cumulativo dovuto alla presenza di reti parallele di accordi dello stesso tipo, il bilanciamento degli effetti pro e anticoncorrenzia-

⁶¹ Comunicazione della Commissione «Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico», punto 19, *cit. supra*, nota 11.

⁶² *Ivi*, punto 21.

⁶³ *Ivi*, punto 22.

⁶⁴ Relazione della Commissione, *cit. supra*, nota 8, p. 5.

li effettuato ai sensi del par. 3 dell'art. 81 TCE porta, comunque, ad un risultato positivo⁶⁵. Dette restrizioni, infatti, non paiono avere portato conseguenze sfavorevoli per i consumatori, posto che i concessionari sono sottoposti ad una vivace concorrenza *interbrand*, come dimostra la continua fluttuazione delle quote di mercato dei vari produttori, l'abbassamento delle differenze di prezzo tra i vari Stati membri e l'entrata di nuove imprese sul mercato⁶⁶.

La Commissione ha, però, rilevato come il mantenimento della soglia del 40% per la zona di sicurezza della distribuzione quantitativa non possa trovare giustificazione. Dovrebbe pertanto essere ripristinato il limite presente nel regolamento n. 2790/99 del 30% delle quote di mercato. I produttori che dovessero superare, in determinati Stati detta soglia, potrebbero in ogni caso continuare ad utilizzare tale forma distributiva se le efficienze che essa comporta vadano a bilanciare la restrizione della concorrenza, procedendo ad effettuare una valutazione individuale⁶⁷. La Commissione suggerisce l'elaborazione di orientamenti settoriali proprio al fine di conferire maggiore certezza alle imprese che superano la soglia di mercato sopra indicata⁶⁸.

Con riferimento alla c.d. *location clause*, ossia il divieto di impedire ai distributori di aprire punti vendita o di consegna addizionali in altre località del territorio comunitario in cui viene applicata la distribuzione selettiva⁶⁹, la Commissione prende atto di come praticamente nessun distributore si sia avvalso di tale facoltà, in virtù degli elevati rischi commerciali associati a tale attività⁷⁰, anzi tale clausola potrebbe incentivare forme di parassitismo (*free – riding*) e ha condotto i produttori ad aumentare gli *standard* qualitativi, generando così un incremento dei costi per i distributori⁷¹.

I distributori non si sono nemmeno avvalsi della facoltà concessa loro dall'art. 4, par. 1, lett. g.⁷², di poter subappaltare a terzi i servizi di riparazione

⁶⁵ *Staff Working Paper No. 4, cit. supra*, nota 9, p. 11. Ciò anche in virtù del fatto che la distribuzione selettiva appare idonea ad apportare vantaggi, poiché impedisce il fenomeno del *free riding*, mentre quella quantitativa consente ai produttori di avere un maggiore controllo sull'organizzazione geografica della propria rete, consentendo così economie di scala ed evitando una presentazione del marchio non omogenea (Relazione della Commissione, *cit. supra*, nota 8, p. 6).

⁶⁶ *Staff Working Paper No. 4, loc. cit.*, p. 12.

⁶⁷ Ai fini di facilitare il compito delle imprese in detta valutazione, a seguito dell'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 che, come noto, non consente più la notifica alla Commissione per ottenere l'esenzione di cui al par. 3 dell'art. 81 TCE, la Commissione ha emanato le Linee Diretrici sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato, in *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 97 ss.

⁶⁸ Comunicazione della Commissione Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico, punto 27, *cit. supra*, nota 11.

⁶⁹ Art. 5, par. 3, lett. b.

⁷⁰ *Staff Working Paper No. 4, loc. ult. cit.*, p. 8.

⁷¹ Comunicazione della Commissione «Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico», punto 26, *cit. supra*, nota 11.

⁷² Tale norma prevede il divieto di restringere la facoltà del distributore di subappaltare i servizi di riparazione e manutenzione a riparatori autorizzati, fatta salva la facoltà del fornitore di richiedere che il distributore fornisca agli utilizzatori finali, prima della conclusione del contratto di vendita, il nome e l'indirizzo del riparatore o dei riparatori autorizzati e, qualora nessuno dei ripa-

ed assistenza, in quanto considerato settore estremamente redditizio, rispetto alla stessa vendita di automobili.

Quale terzo obiettivo, la Commissione si prefiggeva lo scopo di facilitare gli scambi transfrontalieri di autoveicoli e aumentare le importazioni parallele, ostacolate dalla previgente normativa che consentiva ai distributori di avere una sorta di protezione territoriale assoluta, cumulando i benefici della distribuzione selettiva con quelli della esclusività. I consumatori non riuscivano, pertanto, a beneficiare delle notevoli differenze di prezzo esistenti tra i differenti mercati⁷³, anche per i comportamenti posti in essere dai costruttori che sono stati sanzionati dalla Commissione.

Gli strumenti utilizzati dalla Commissione sono consistiti, da un lato, nell'abrogazione della Comunicazione della Commissione relativa alle attività degli intermediari⁷⁴, la quale consentiva ai produttori di imporre quote per le vendite agli intermediari operanti a livello transfrontaliero; dall'altro lato, dall'art. 4, par. 1, lett. e., che vieta l'imposizione di vincoli per tutte le vendite attive e passive ad utilizzatori finali da parte dei membri della distribuzione esclusiva e lett. f., la quale introduce la c.d. clausola di disponibilità, in base alla quale i distributori devono rimanere liberi di vendere tutti i modelli di una data gamma contrattuale.

Secondo la Commissione, tale obiettivo avrebbe potuto essere raggiunto mediante la mera applicazione delle regole già esistenti e precisate dalla giurisprudenza: il rifiuto di un produttore di vendere automobili con specifiche straniere costituisce, infatti, un esempio di restrizione indiretta delle vendite⁷⁵. Data l'importanza della materia, l'istituzione comunitaria propende per l'adozione di orientamenti settoriali in grado di descrivere quando la mancanza di *availability clause* costituisca una restrizione indiretta delle vendite attive o passive vietata⁷⁶.

ratori autorizzati si trovi nelle vicinanze del punto vendita nonché informi gli utilizzatori finali della distanza delle autofficine in questione rispetto al punto vendita.

⁷³ *Staff Working paper No. 4, cit. supra*, nota 9, p. 12.

⁷⁴ Comunicazione della Commissione concernente il regolamento (Cee) n. 123/85, del 12 dicembre 1984, relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3, del Trattato a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli ed il servizio di assistenza alla clientela, in *Guce* n. C 17 del 18 gennaio 1985, p. 4 ss.

⁷⁵ Sentenza della Corte del 28 febbraio 1984 in cause riunite n. 228 e n. 229/82, *Ford of Europe Incorporated e Ford-Werke Aktiengesellschaft c. Commissione*, in *Raccolta*, 1984, p. 1129.

⁷⁶ Comunicazione della Commissione «Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico», punto 28, *cit. supra*, nota 11. Deve essere rilevato che le vendite transfrontaliere potrebbero essere altresì facilitate dall'entrata in vigore della direttiva n. 2007/46/Ce (del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007 che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, in *Gu-Ue* n. L 263 del 9 ottobre 2007, p. 1 ss., in cui viene previsto un sistema di armonizzazione totale che riguarda tutte le tipologie di veicoli), la quale, all'art. 18 impone ai produttori di fornire i certificati di conformità di ciascun veicolo in forma cartacea. Di poco antecedente all'adozione di tale direttiva quadro, è la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle procedure per l'immatricolazione degli autoveicoli originari di un altro

4.3 Rafforzamento e protezione della concorrenza tra riparatori indipendenti ed autorizzati

Il quarto obiettivo consisteva nel permettere ai riparatori indipendenti di competere con le reti di riparatori autorizzati dei costruttori. La Commissione ha, a più riprese, sottolineato come i riparatori indipendenti siano l'unica fonte di concorrenza tra marche nel mercato *post-vendita*⁷⁷. Per poter svolgere il loro compito essi devono avere accesso a due elementi fondamentali: da un lato, le informazioni tecniche riguardanti un dato autoveicolo; dall'altro, i pezzi di ricambio. Il regolamento n. 1400/2002 contiene dettagliate previsioni a tale riguardo.

L'art. 4, par. 2, concerne l'obbligo per i produttori di fornire ai riparatori indipendenti tutte le informazioni tecniche, le attrezzature di diagnostica e altre apparecchiature ed attrezzi, unitamente ai *software* rilevanti ed alla formazione necessaria per poter procedere alla riparazione e manutenzione dei veicoli⁷⁸. A partire dal 1° settembre 2009, però, in base al regolamento n. 715/2007⁷⁹ tutti i costruttori saranno obbligati a divulgare tali informazioni per tutti i nuovi modelli⁸⁰. In considerazione del fatto che per lungo tempo numerosi veicoli del parco circolante non saranno ricompresi in tale disciplina, la Commissione propende per continuare ad applicare le regole attualmente vigenti in tema di concorrenza al fine di evitare l'esclusione dei riparatori indipendenti⁸¹.

La Commissione ha altresì rilevato la sussistenza di talune pratiche volte

Stato membro del 14 febbraio 2007, Sec(2007)169 def., volta a fornire «una panoramica completa e aggiornata sui principi del diritto comunitario che disciplinano l'immatricolazione dei veicoli a motore in uno Stato membro diverso da quello d'acquisto e il trasferimento dell'immatricolazione da uno Stato membro all'altro, alla luce dei recenti progressi della legislazione europea e della giurisprudenza della Corte di giustizia» (Comunicazione della Commissione, *loc. cit.*, p. 3).

⁷⁷ Relazione, *cit. supra*, nota 8, p. 7.

⁷⁸ La Commissione si è occupata dell'accesso alle informazioni nei casi riguardanti *Daimler-Chrysler*, *Toyota*, *General Motors* e *Fiat* (Casi Comp/39.140-39.143, *Press Release* del 14 settembre 2007, IP/07/1332), conclusisi con una decisione di assunzione di impegni ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003. In base a questi impegni vincolanti, le cause automobilistiche si impegnano a fornire tutte le informazioni tecniche richieste dai riparatori indipendenti, su base non discriminatoria e ad un prezzo equo, commisurato all'effettivo utilizzo. Le informazioni tecniche sono quelle fornite anche ai riparatori autorizzati e possono subire delle limitazioni con riferimento agli anti-furto e agli apparati elettronici, nella misura in cui ciò non osti ai normali servizi di riparazione non correlati a tali elementi. Le informazioni, inoltre, devono essere rese disponibili su internet, sulla base di fasce e tariffe orarie.

⁷⁹ Regolamento (Ce) n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2007, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 e 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e manutenzione del veicolo, in *Gu-Ue* n. L 171 del 29 giugno 2007, p. 1 ss.

⁸⁰ Secondo la Commissione, anche in assenza dell'art. 4, par. 2, il flusso di informazioni ai riparatori indipendenti risulterebbe in egual misura garantito, sia tenendo conto della futura normativa, sia sulla base dell'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE (cfr. sul punto la Relazione, *cit. supra*, nota 8, p. 8).

⁸¹ Comunicazione della Commissione «Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico», *cit. supra*, nota 11, punto 31.

ad escludere i riparatori indipendenti, in particolare quelle relative alle garanzie legali ed estese offerte dai costruttori. Spesso, infatti, le suddette garanzie esplicano la loro efficacia nella misura in cui tutti gli interventi di manutenzione vengano effettuati presso riparatori autorizzati. L'attuale regolamento, esentando la distribuzione selettiva basata su criteri qualitativi a prescindere dalla quota di mercato non ha consentito di porre un freno a tali pratiche⁸². L'esenzione generale, che fissa il tetto al 30% delle quote di mercato anche del rivenditore, consentirebbe, quindi, invece, un miglioramento delle condizioni di concorrenza, unitamente all'adozione di orientamenti settoriali⁸³.

Anche la specifica norma (art. 4, par. 1, lett. i.) relativa al divieto di impedire ai riparatori autorizzati membri di una distribuzione selettiva di rivendere pezzi di ricambio a riparatori indipendenti appare non necessaria. Invero, il medesimo risultato potrebbe essere raggiunto mediante l'applicazione della regola generale che vieta ai membri di una distribuzione selettiva qualsiasi restrizione alle vendite ad utilizzatori finali. I riparatori indipendenti rivestono, infatti, detta qualifica ai fini dell'applicazione dell'esenzione di categoria ed i costruttori sarebbero quasi tutti obbligati ad adottare forme di distribuzione selettiva per i servizi *post-vendita* in quanto superano le quote di mercato "di sicurezza".

4.4 Garantire la concorrenza all'interno delle reti di riparatori autorizzati

Il quinto obiettivo consisteva nell'assicurare un'adeguata protezione della concorrenza nelle reti di riparatori autorizzati. Esso è stato perseguito sia attraverso l'imposizione della quota di mercato del 30% per la possibilità di utilizzare la distribuzione selettiva quantitativa, che ha costretto quasi tutti i produttori ad adottare sistemi meramente selettivi, poiché in possesso di quote di mercato superiori, sia attraverso l'art. 4, par. 1, lett. h., che prevede il divieto di imporre ai riparatori di essere anche rivenditori, sia infine attraverso l'art. 4, par. 1, lett. k., che consente ai riparatori autorizzati di acquistare pezzi di ricambio di qualità corrispondente.

Tali norme hanno avuto diversi effetti. Da un lato, i produttori hanno proceduto ad un innalzamento degli *standard* qualitativi per cercare di limitare l'accesso alla propria rete; dall'altro questo ha determinato un aumento del livello qualitativo dei servizi resi dai riparatori. Gli indipendenti hanno, dal canto loro, cercato di innalzare i propri livelli qualitativi, creando reti di riparatori, anche attraverso catene di *franchising*, che si pongono in diretta concorrenza con i riparatori autorizzati.

Secondo la Commissione, però, le norme sopra citate non hanno contri-

⁸² Comunicazione della Commissione «Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico», punto 32, *cit. supra*, nota 11.

⁸³ *Ivi*, punto 33.

buito a migliorare la concorrenza nelle reti autorizzate e non hanno, pertanto, avuto, il successo sperato. Infatti⁸⁴, l'aver escluso la possibilità di distribuzione selettiva quantitativa per operatori con quote di mercato superiori al 30% ha fatto sì che praticamente tutti i costruttori abbiano adottato un sistema meramente qualitativo, in base al quale tutti i soggetti che soddisfano i criteri qualitativi stabiliti *ex ante* dai costruttori devono essere ammessi su base non discriminatoria. Sono state le forze di mercato a determinare la densità delle reti di riparatori piuttosto che i singoli costruttori⁸⁵. Ad avviso della Commissione, però, sarebbe stato possibile raggiungere detto risultato positivo anche in assenza della norma di cui all'art. 4, par. 1, lett. h., in quanto praticamente tutti i costruttori eccedono la quota di mercato del 30% nel settore dei servizi *post-vendita* e sono, pertanto, obbligati ad utilizzare un sistema di distribuzione selettiva *tout court*. Come sopra accennato, si ritiene che la distribuzione basata su criteri meramente qualitativi non rientri nell'ambito dell'art. 81 TCE, poiché essa non provoca effetti anticoncorrenziali in presenza di talune condizioni. In primo luogo, occorre che la natura dei beni giustifichi la creazione di un siffatto sistema; in secondo luogo, la scelta dei membri deve avvenire solo sulla base dei criteri qualitativi che devono essere applicati in modo non discriminatorio; in terzo luogo, i criteri stabiliti devono rispettare il principio di proporzionalità, ossia non andare oltre a quanto necessario per conservare le caratteristiche di qualità del prodotto e garantirne un utilizzo corretto⁸⁶. Al fine di garantire certezza giuridica, la Commissione emanerà di-

⁸⁴ *Staff Working Paper No. 4, cit. supra*, nota 9, p. 25.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sulle restrizioni verticali, *cit. supra*, nota 33, punto 185. Ad esempio, la presenza dell'obbligo di rivendita di autoveicoli presente in un contratto di riparatore autorizzato non potrebbe essere certo considerata un criterio qualitativo e pertanto, non potrebbe legittimamente rientrare in una distribuzione meramente selettiva. I casi esaminati dalla Commissione hanno, per lo più, riguardato altre tipologie di restrizioni all'accesso alla rete di riparatori, di indole contrattuale, per le quali le normative in oggetto non avevano assunto rilevanza. Nel caso che riguardava *AUDI* (*Press release* della Commissione del 20 settembre 2002, IP/03/80), la Commissione ha acconsentito all'impegno del produttore tedesco di accettare nella propria rete tutti i riparatori che avessero soddisfatto i criteri qualitativi determinati dal produttore. Il caso aveva, infatti, avuto inizio a seguito di alcune denunce da parte di concessionari il cui contratto era stato risolto e che però soddisfacevano i criteri qualitativi per continuare ad essere riparatori autorizzati. Nel caso *BMW* del 13 marzo 2006 (*Press release* della Commissione del 13 marzo 2006, IP/06/32), aperto su denuncia dell'associazione europea dei concessionari *BMW*, la Commissione ha chiuso l'istruttoria con l'impegno di *BMW* di consentire, da lato a che i propri concessionari potessero effettuare vendite multimarca e, dall'altro, dell'abbandono di ogni criterio quantitativo per la rete di riparatori, visto che ciò andava a limitarne indebitamente il numero restringendo così la concorrenza. Inoltre, *BMW* ha assicurato ai riparatori la c.d. *opening clause*, in base alla quale essi rimangono liberi di acquistare attrezzature, *hardware* e *software* per la diagnostica anche da soggetti terzi. *BMW* ha dovuto abbandonare la pratica discriminatoria che poneva in essere nei confronti dei riparatori autorizzati che non erano rivenditori e consistente, in particolare, nella loro mancata menzione nella *directory* del sito web *BMW*. Il caso *General Motors* (*Press release* della Commissione del 13 marzo 2006, IP/06/303) riguardava pratiche volte ad escludere la possibilità per i rivenditori di essere multimarca e barriere all'accesso alla rete dei riparatori. Con riferimento al primo elemento, è stata considerata illegittima la pratica di *General Motors* riguardante gli obiettivi di vendita e la misurazione delle *performance* dei concessionari; essa si basava su di una misurazione del potenziale di vendita di ogni singolo concessionario e prevedeva penalità nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi, per la determinazione dei quali si teneva anche in conside-

sposizioni settoriali al fine di specificare esattamente quando la distribuzione selettiva basata su criteri qualitativi non rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 81, par. 1, TCE e quando accordi che prevedono un collegamento tra le vendite ed i servizi di assistenza non violano la suddetta norma, specialmente nei casi in cui un nuovo operatore cerchi di entrare nel mercato⁸⁷.

La Commissione poi considera ridondante⁸⁸ la previsione dell'art. 5, par. 3, poiché i riparatori membri di un sistema selettivo sono liberi di aprire diversi punti di servizi *post-vendita* nella misura in cui soddisfino i criteri qualitativi.

4.5 Accesso al mercato *post-vendita* dei produttori di pezzi di ricambio

Il sesto obiettivo perseguito consisteva nel facilitare l'accesso dei produttori di pezzi di ricambio al mercato *post-vendita*. Numerose disposizioni del regolamento n. 1400/2002 sono volte a tutelare la possibilità per i fornitori di pezzi originali (*OES Original Equipment Supplier*) ed i produttori di pezzi di ricambio di qualità corrispondente di vendere la propria merce sia ai riparatori autorizzati che a quelli indipendenti⁸⁹.

Ciò può aver contribuito ad aumentare la concorrenza, ma anche in questo caso le norme appaiono eccedere lo scopo.

In primo luogo, il concetto di pezzi di qualità corrispondente appare ripreso anche dalla direttiva n. 2007/46, che potrebbe, quindi, rendere superfluo il suo mantenimento in una norma sulla concorrenza. In secondo luogo, l'obbligo di utilizzare solo pezzi di ricambio forniti dal costruttore configurerebbe l'ipotesi di un obbligo di non concorrenza diretto, che non sarebbe coperto dal regolamento di esenzione nel caso di quote superiori al 30%, come previsto anche dal regolamento n. 2790/99.

In terzo luogo, per alcune tipologie di pezzi di ricambio, la fonte di approvvigionamento non può che essere la casa automobilistica, come avviene,

razione la scelta del concessionario di vendere anche altre marche. Tali condizioni sono state eliminate e *General Motors* ha prestato il proprio consenso a che i concessionari utilizzassero un unico sistema gestionale, compatibile con quello della casa automobilistica, anche per marche differenti. Con riferimento al secondo elemento, ovvero alla limitazione dell'accesso ai riparatori, *General Motors* si è impegnata a garantire l'accesso alla propria rete ufficiale a tutti coloro che avessero soddisfatto i criteri qualitativi; ad acconsentire a che i riparatori prestassero i propri servizi anche per altre marche e che fosse possibile utilizzare strumenti di diagnostica generici al fine di evitare un aumento dei costi.

⁸⁷ Comunicazione della Commissione «Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico», punti 35 e 36, *cit. supra*, nota 11.

⁸⁸ *Staff Working Paper No. 4, cit. supra*, nota 9, p. 26.

⁸⁹ L'art. 4, par. 1, lett. j, vieta la restrizione, concordata tra un fornitore di pezzi di ricambio originali o di qualità corrispondente, di attrezzature di riparazione o diagnostica o altre apparecchiature e un produttore di autoveicoli che limiti la facoltà del fornitore di vendere tali beni o servizi a distributori o riparatori autorizzati o indipendenti o ad utilizzatori finali. La successiva lett. k, vieta la restrizione della facoltà del distributore o del riparatore autorizzato di ottenere pezzi di ricambio originali o di qualità corrispondente per i servizi di riparazione (con l'esclusione di quelli prestati in garanzia che vengono rimborsati dal costruttore). La lett. l, invece vieta qualsiasi restrizione al c.d. *dual branding*, ossia alla possibilità per il produttore di pezzi di ricambio di apporre anche il proprio marchio.

ad esempio, per i pezzi sostituiti in garanzia o per i pezzi coperti da privativa industriale. Tale situazione non può certo trovare rimedio nelle norme contenute nel regolamento n. 1400/2002. Infatti, talune parti vengono definite come "vincolate", ossia possono essere rese disponibili solamente dai costruttori. Si tratta di pezzi di ricambio tutelati dalle norme sul disegno industriale e dei pezzi realizzati sulla base di accordi di subfornitura. Per questi ultimi non si pone nemmeno un problema di rispetto del diritto della concorrenza, poiché in base alla Comunicazione della Commissione del 1978⁹⁰, non rientrano, in genere, nell'ambito di applicazione dell'art. 81, par. 1, TCE. Con riferimento, invece, alla prima categoria, la Commissione ricorda⁹¹ come essa dipenda essenzialmente dalle norme sulla proprietà intellettuale⁹² e non da quelle sulla concorrenza. È, pertanto, in corso una revisione della legislazione sui disegni e modelli, proprio al fine di consentire la rivendita ai fini di riparazione⁹³.

Le forme di sconto previste dai costruttori possono incentivare la vendita di pezzi di ricambio, ma la loro conformità con il diritto della concorrenza deve essere valutata caso per caso⁹⁴ e, comunque, essi possono rientrare nel divieto generale degli obblighi di non concorrenza di cui all'art. 5, par. 1, lett. a.

In un'ottica più generale, deve inoltre essere osservato che forme di distribuzione di pezzi di ricambio si situerebbero quasi sempre al di fuori della zona di sicurezza istituita dal regolamento generale, poiché le quote di mercato detenute dai costruttori automobilistici sui mercati rilevanti dei pezzi di ricambio superano la soglia del 30%. Si renderebbero, pertanto, necessarie valutazioni individuali coadiuvate da disposizioni settoriali emanate dalla Commissione⁹⁵.

4.6 Protezione dell'indipendenza dei rivenditori e mantenimento dell'effetto dissuasivo dell'art. 81 TCE

L'ultimo obiettivo perseguito pare andare al di là degli scopi del diritto *antitrust*⁹⁶: la protezione dell'indipendenza dei rivenditori nei confronti dei costruttori di autoveicoli, al fine di incoraggiare un loro comportamento com-

⁹⁰ Comunicazione della Commissione, del 18 dicembre 1978, relativa alla valutazione dei contratti di subfornitura alla luce dell'art. 85, par. 1, del Trattato che istituisce la Comunità economica europea, in *Guce* n. C 1 del 3 gennaio 1979, p. 2 ss.

⁹¹ Relazione, *cit. supra*, nota 9, p. 9.

⁹² Direttiva n. 98/71/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1998 sulla protezione giuridica dei disegni e modelli, in *Guce* n. L 289 del 28 ottobre 1998.

⁹³ A tal proposito la Commissione ha proposto l'introduzione della c.d. *repair cause* in base alla quale un produttore non può far valere la propria privativa industriale per vietare ad un produttore di pezzi di ricambio di produrre detti pezzi per il mercato *post-vendita*. Per maggiori riferimenti si veda *Staff Working Paper No. 4*, *cit. supra*, nota 9, p. 19.

⁹⁴ *Staff Working Paper No. 4*, *loc. cit.*, p. 26.

⁹⁵ Comunicazione della Commissione «Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico», punti 38-40, *cit. supra*, nota 11.

⁹⁶ *Staff Working Paper No. 4*, *loc. ult. cit.*, p. 30.

petitivo⁹⁷. Il riferimento è alle norme volte a garantire un minimo periodo di durata contrattuale, nonché a quelle sui termini per il recesso o mancato rinnovo⁹⁸ (art. 3, par. 5), l'obbligo di specificare i motivi di risoluzione del contratto (art. 3, par. 4), la libertà per i distributori di poter rivendere la propria attività a qualunque altro soggetto facente parte del sistema distributivo del costruttore (art. 3, par. 3), nonché la possibilità di avvalersi di procedure arbitrali⁹⁹ (art. 3, par. 6).

La Commissione ha constatato che, in considerazione del notevole aumento della concorrenza *interbrand*, eventuali restrizioni di quella *intra-brand* non risultano suscettibili di arrecare pregiudizio alla pressione concorrenziale¹⁰⁰.

I termini minimi contrattuali e l'obbligo di preavviso di due anni per la risoluzione, o il mancato rinnovo, non paiono, poi, in grado di garantire ai concessionari un ammortamento profittevole dei loro investimenti. Grazie alla forte pressione concorrenziale, la Commissione ritiene improbabile che un costruttore decida di eliminare dalla propria rete un distributore che ponga in essere comportamenti procompetitivi¹⁰¹. I costruttori possiedono altri strumenti, per lo più contrattuali, per eventualmente "punire" i concessionari che non si siano comportati secondo quanto da loro stabilito, come verifiche particolarmente rigorose, fissazione di obiettivi di vendita artificialmente elevati¹⁰².

La Commissione ha sottolineato come anche la durata minima prevista di cinque anni non possieda alcuna *ratio* economica, in quanto detta durata può impedire ai costruttori di sostituire quei *partner* commerciali inefficienti o ritardare l'introduzione di forme di distribuzione maggiormente rispondenti alle esigenze di mercato¹⁰³.

Con riferimento alla possibilità per i concessionari di rivendere la propria attività, norma introdotta per facilitare le vendite e acquisizione transfrontaliere, è stato osservato come le uniche vendite riscontrate siano state attuate solamente a livello nazionale. Ciò ha contribuito alla creazione di grandi gruppi di rivenditori ed a ridurre l'intensità della rete.

La Commissione, inoltre, ha dato atto dell'inopportunità del mantenimen-

⁹⁷ Relazione, *cit. supra*, nota 8, p. 11; nono *considerando* del regolamento n. 1400/2002.

⁹⁸ Il periodo di preavviso di un anno invece che due per motivi di ristrutturazione della rete ha causato gravi incertezze interpretative, che hanno condotto la Corte di giustizia a pronunciarsi su rinvio pregiudiziale. Cfr. sentenze della Corte del 7 settembre 2006 in causa n. C-125/05, *VW-AUDI Forhandlerforeningen/Vulcan Silkeborg A/S c. Skandinavisk Motor Co. A/S*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7637; del 30 novembre 2006 in cause riunite n. C-376/05 e n. C-377/05, *Brünsteiner e Hilgert c. BMW*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11383; del 26 gennaio 2007 in causa n. C-273/06, *Auto Perter Petschenig c. Toyota Frey*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 14.

⁹⁹ Si veda sul punto la pronuncia della Corte del 18 gennaio 2007 in causa n. C-421/05, *City Motors Groep c. Citroen Belux*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 653.

¹⁰⁰ Relazione, *loc. cit.*, p. 11.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ivi*, p. 12.

to di una norma che consenta la possibilità di ricorrere ad un arbitrato. Tale possibilità ben può essere inserita in uno strumento più flessibile, come un codice di condotta¹⁰⁴. Alla luce del regolamento n. 1/2003 e della differenziazione di competenze che si è avuta, l'istituzione comunitaria difficilmente potrebbe inserire disposizioni di tal fatta in una futura normativa sulla concorrenza, in quanto esse non perseguono l'obiettivo di tutelare la concorrenza e devono essere contenute nei diritti contrattuali nazionali¹⁰⁵.

5. Valutazione complessiva e prospettive future

La Commissione offre nel complesso una valutazione positiva della situazione concorrenziale del mercato delle automobili. L'istituzione comunitaria, però, ammette che detto miglioramento sia più che altro attribuibile alle condizioni del mercato, caratterizzato da una forte concorrenza tra marche, una diminuzione dei prezzi in termini reali ed una convergenza degli stessi all'interno del territorio comunitario¹⁰⁶.

I risultati positivi non sembrano, quindi, trovare un nesso causale nel regolamento n. 1400/2002: molte delle sue norme di dettaglio, infatti, non sono altro che specificazioni del regime generale di cui al regolamento n. 2790/99 e dei principi generali del diritto della concorrenza.

In particolare, tutti i divieti delle restrizioni *hard core* indicate nell'art. 4, non paiono aver contribuito al miglioramento della situazione concorrenziale. Molte di esse si sono, infatti, rilevate superflue¹⁰⁷, così come quelle contenute nell'art. 5.

La Commissione giunge a valutare la presenza di talune norme, quali la fissazione di una quota più elevata per la distribuzione selettiva quantitativa, come addirittura controproducenti, in quanto possono aver contribuito alla creazione di una sostanziale uniformità nei sistemi di distribuzione scelti dai costruttori. Lo stesso vale per la durata contrattuale minima che può impedire di sostituire i distributori inefficienti e comportare una certa rigidità nel mercato¹⁰⁸.

La Commissione, partendo dall'idea che le norme contenute nel regolamento n. 1400/2002 che si discostano da quelle di applicazione generale del regolamento n. 2790/99¹⁰⁹ possono essere considerate «eccessivamente rigo-

¹⁰⁴ Relazione, *cit. supra*, nota 8, p. 12.

¹⁰⁵ Comunicazione della Commissione «Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico», punto 45, *cit. supra*, nota 11.

¹⁰⁶ Relazione, *loc. cit.*, p. 13.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Relazione, *loc. ult. cit.*, p. 14.

¹⁰⁹ Come già accennato, le proposte di modifica del suddetto regolamento (*cit. supra*, nota 12) non vanno ad incidere sulla disciplina sostanziale delle restrizioni verticali. Occorre però notare che la soglia del 30% delle quote di mercato per l'accesso alla zona di sicurezza vale anche per il

rose e complesse e/o superflue»¹¹⁰, propone pertanto l'applicazione della normativa generale, unitamente all'adozione di orientamenti settoriali al fine di dare conto di talune specificità del settore automobilistico.

Questi ultimi, potrebbero assumere sia la forma giuridica di linee guida, sia quella di un mini-regolamento di esenzione di categoria che però riguardi unicamente il settore *post-vendita*, che è quello che continua ad essere meno concorrenziale.

Questo consentirebbe alla Commissione di concentrare le proprie risorse sulle pratiche realmente anticoncorrenziali: dal momento dell'entrata in vigore del regolamento *de quo*, infatti, la Commissione non ha provveduto a sanzionare nessuna impresa, e le uniche procedure ufficiali iniziate si sono poi concluse con decisioni di assunzione di impegni¹¹¹. La Commissione evidenzia, anzi, come la complessità di talune regole oggi vigenti possa comportare disomogeneità interpretative all'interno della rete delle autorità garanti della concorrenza. In un caso, infatti, è dovuta intervenire quale *amicus curiae* ai sensi dell'art. 15, par. 3, del regolamento n. 1/2003¹¹².

Sotto un profilo economico, la Commissione ha rilevato come l'entrata in vigore del regolamento n. 1400/2002 abbia comportato un notevole aumento dei costi per i rivenditori, che si sono dovuti adeguare agli *standard* qualitativi più elevati imposti dai costruttori per far fronte alla più ampia libertà lasciata al sistema distributivo. Inoltre, l'introduzione di norme che non hanno sortito gli effetti sperati, come quelle volte a promuovere gli accordi di subappalto per i servizi di riparazione, la *location clause*, le vendite multimarca hanno solamente condotto ad un incremento dei costi.

La Commissione propone, dunque, che le attuali norme relative alla vendita di autoveicoli nuovi rimangano in vigore sino al 31 maggio 2013, mentre

rivenditore (cfr. art. 3 della proposta di regolamento) e vengono previste maggiori delucidazioni per il commercio elettronico. Il punto 52 della proposta di Linee direttrici sulle restrizioni verticali prevede che qualsiasi distributore debba essere libero di utilizzare internet per pubblicizzare o vendere prodotti. Una restrizione all'uso della rete potrebbe essere considerata legittima solo nella misura in cui detto utilizzo integri gli estremi di vendite attive nei territori assegnati ad altri distributori. Viene altresì specificato che la lingua utilizzata nel sito non assume alcuna rilevanza ai fini di considerare tali modalità di comunicazione quali vendite attive.

¹¹⁰ Relazione, *cit. supra*, nota 8, p. 14.

¹¹¹ L'unica decisione sanzionatoria è avvenuta sulla base di investigazioni d'ufficio nel caso dei produttori di vetri per auto (decisione della Commissione del 12 novembre 2008 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 81 del Trattato che istituisce la Comunità europea e dell'art. 53 dell'Accordo SEE, caso Comp/39.125, Vetro destinato al settore auto, la cui sintesi è pubblicata in *Gu-Ue* n. C 173 del 25 luglio 2009, p. 12 ss.

¹¹² La Commissione ha presentato osservazioni scritte nel caso dinanzi alla *Cour d'Appel de Paris* per il caso *Garage Grémeau c. Daimler Chrysler France*, RG 05/17909. Su tale argomento si veda anche E. CLAUDEL, *Distribution automobile: Précision sur le Conditions de sélection quantitative des distributeurs (Daimler Chrysler/Garage Gremeau)*, in *Concurrences*, 2005, p. 72 ss. Sul ruolo della Commissione di svolgere osservazioni dinanzi alle autorità nazionali si veda C. FAVILLI, *Cooperazione con le giurisdizioni nazionali*, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIBENE - S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 183.

quelle relative ai pezzi di ricambio e ai servizi di manutenzione sino al 31 maggio 2010, alla luce del fatto che l'applicazione del nuovo quadro normativo generale appare essere suscettibile di arrecare maggiori benefici all'attuale situazione concorrenziale di questo settore.

I costruttori di automobili, pertanto, soprattutto quelli con quote di mercato abbastanza ridotte, potranno avere interesse a procedere alla disdetta della propria rete di rivenditori autorizzati concedendo il preavviso di due anni previsto dall'attuale regolamento n. 1400/2002 – e superando lo scoglio della motivazione *chiara, trasparente e dettagliata* per poter esercitare detto recesso – al fine di poter costruire nuovi contratti con clausole più flessibili. L'applicazione della normativa generale, infatti, consente, margini di manovra superiori rispetto alle norme attuali. In primo luogo, prevede la possibilità di introdurre clausole di non concorrenza; in secondo luogo, consente, seppure con talune limitazioni, il cumulo della distribuzione selettiva e quantitativa, nella misura in cui sarà possibile obbligare un proprio distributore a non rivendere al di fuori del luogo di stabilimento autorizzato contrattualmente; inoltre, secondo il principio che impernia tutto il regolamento ed in base al quale tutto ciò che non è espressamente vietato è concesso, sarà anche possibile prevedere l'obbligo del produttore di non vendere i propri prodotti a soggetti diversi dal distributore in un dato territorio. Ovviamente, trattandosi di distribuzione selettiva chiusa, non potranno essere impediti le vendite attive o passive ad utenti finali, ovunque ubicati: questo comporterà l'impossibilità di difendere il distributore dalle vendite attive di altri componenti della rete. L'obbligo di operare da un punto di vendita fisso, però, dovrebbe consentire in ogni caso una protezione.

D'altro canto, l'applicazione della normativa generale, potrebbe comportare per taluni produttori ed in taluni mercati, l'uscita dalla zona di sicurezza costituita dal regolamento di esenzione di categoria. Ciò in quanto la quota di mercato del 30% diventerebbe la regola generale e, pertanto, coloro che superano detta soglia dovrebbero procedere all'adozione di un sistema di distribuzione selettivo *tout court*, oppure affrontare il rischio di una valutazione individuale circa la sussistenza dei requisiti di cui al par. 3 dell'art. 81 TCE. Proprio per tali ragioni la Commissione emanerà orientamenti settoriali in grado di chiarire questi punti.

Maria Francesca Portincasa*

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; assegnista di ricerca in Diritto Internazionale presso la medesima Università.

DOCUMENTAZIONE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 19-20 marzo 2009*

Il Consiglio europeo ha espresso fiducia nella capacità dell'UE di affrontare la crisi economica e finanziaria. Nel riesaminare le considerevoli misure di stimolo di bilancio adottate in favore dell'economia dell'UE (superiori a 400 miliardi di euro) ha sottolineato che l'azione concertata e il coordinamento sono parte essenziale della strategia di ripresa dell'Europa e che l'Europa farà tutto il necessario per rilanciare la crescita. Ha altresì rilevato che il mercato unico è fondamentale nel rendere la recessione in Europa più breve e meno grave. Nell'evidenziare la necessità di far sì che il flusso di prestiti torni a scorrere verso le imprese e le famiglie, ha convenuto di accelerare l'accordo sulle proposte legislative nel settore finanziario attualmente in esame. In giugno, il Consiglio europeo adotterà le prime decisioni per rafforzare la regolamentazione e la vigilanza nel settore finanziario dell'UE, sulla base delle proposte della Commissione e in seguito a discussione approfondita in sede di Consiglio della relazione de Larosière. Sulla base dell'esperienza maturata dall'UE e desideroso di contribuire considerevolmente a ridisegnare la futura *governance* internazionale del settore finanziario, il Consiglio europeo ha definito la posizione dell'Unione in vista del vertice del G20 di Londra il 2 aprile.

Il Consiglio europeo è tornato inoltre sulla questione della sicurezza energetica: ha convenuto specificamente orientamenti volti all'istituzione di un meccanismo di crisi per far fronte alle interruzioni degli approvvigionamenti. Ha progredito nei preparativi della conferenza di Copenaghen sui cambiamenti climatici. Ha infine concordato una dichiarazione intesa ad avviare il partenariato orientale.

La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da una presentazione di Hans-Gert Pötering, presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.

* 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.).

I. Situazione economica, finanziaria e sociale

Combattere la crisi economica e finanziaria mondiale è una delle sfide più importanti che l'UE abbia mai affrontato. Agendo in maniera concertata, l'UE può consentire al proprio settore finanziario di ripartire su basi più solide, far sì che il credito torni a fluire verso l'economia reale e tutelare i suoi cittadini dai più gravi effetti della crisi. Le misure adottate a sostegno della ripresa possono inoltre essere configurate in modo tale da aiutare l'UE a costruire un'economia più forte per il futuro.

Costruire la fiducia e promuovere la stabilità finanziaria

1. L'UE è determinata a ripristinare la fiducia e il corretto funzionamento dei mercati finanziari, presupposto indispensabile per uscire dall'attuale crisi economica e finanziaria, muovendo dai risultati del vertice di Berlino del 22 febbraio 2009 e della riunione ministeriale del G20 del 14 marzo 2009.

2. Le misure di garanzia e di pronta ricapitalizzazione, adottate dagli Stati membri nel quadro di principi comuni, hanno evitato il crollo finanziario. Possono tuttavia essere necessarie misure ulteriori per ripristinare il funzionamento dei mercati del credito ed agevolare il flusso dei prestiti verso l'economia reale, anche attraverso il trattamento delle attività bancarie che hanno perso valore sulla base della piena informazione delle autorità di vigilanza. Il Consiglio europeo esorta gli Stati membri ad agire in maniera coordinata, in linea con gli orientamenti forniti dalla comunicazione della Commissione il 25 febbraio 2009 e nel pieno rispetto delle regole di concorrenza. Si invita il Consiglio a valutare l'efficacia delle misure adottate e la situazione nel suo insieme in ordine alla stabilità e al funzionamento dei mercati finanziari e a riferire al Consiglio europeo del giugno 2009. Per quanto riguarda il settore bancario, il sostegno alle banche madri non dovrebbe comportare restrizioni alle attività delle filiali nei paesi UE ospitanti.

3. L'ampiezza dell'attuale crisi economica e finanziaria mondiale e le cause sottostanti dimostrano la necessità di ridisegnare la gestione macroeconomica mondiale e il quadro regolamentare dei mercati finanziari: norme prudenziali, modalità di gestione delle crisi e quadro di vigilanza devono essere rafforzati a livello nazionale, europeo e mondiale. I regolamenti finanziari dovrebbero attenuare i cicli economici anziché amplificarli. Il Consiglio europeo esorta l'FSF, il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria e la Commissione ad accelerare i lavori e a presentare rapidamente raccomandazioni appropriate. Ciò dovrebbe essere integrato con una forte iniziativa dell'UE nella revisione dei principi contabili internazionali.

4. In proposito, il Consiglio europeo invita il Consiglio e il Parlamento europeo a raggiungere rapidamente un accordo sugli atti legislativi relativi alle agenzie di rating del credito, alla solvibilità delle compagnie di assicurazione, ai requisiti patrimoniali delle banche e ai pagamenti transfrontalieri e alla moneta elettronica, in modo da consentirne l'adozione prima della sospensione delle attività parlamentari.

5. Il Consiglio europeo ha convenuto che occorre migliorare la regolamentazione e vigilanza degli istituti finanziari nell'UE e che la relazione del gruppo di esperti ad alto livello sulla vigilanza finanziaria presieduto da Jacques de Larosière è la base di lavoro. Si incarica il Consiglio di esaminare la relazione e le proposte della Commissione sul rafforzamento della regolamentazione e della vigilanza nel settore finanzia-

rio dell'UE in vista dell'adozione di prime decisioni in sede di Consiglio europeo del giugno 2009. Proposte legislative più precise seguiranno in autunno. Occorre altresì portare avanti con celerità i lavori sulle imminenti proposte della Commissione relative a fondi di investimento speculativi (*hedge fund*) e fondi di *private equity*, remunerazione dei dirigenti e ulteriore rafforzamento dei requisiti patrimoniali.

Riportare l'economia reale sul giusto binario

6. Il Consiglio europeo esprime fiducia nelle prospettive dell'economia dell'Unione europea a medio e lungo termine e nella sua determinazione a fare il necessario per rilanciare l'occupazione e la crescita: continuando a lavorare all'insegna del coordinamento, nel quadro del mercato unico e dell'UEM, l'UE supererà la crisi uscendone rafforzata.

7. Si sono compiuti progressi sensibili nella realizzazione del piano europeo di ripresa economica adottato nel dicembre scorso. Benché occorra tempo prima che gli effetti positivi si facciano sentire nell'economia, le dimensioni dello sforzo finanziario (intorno al 3,3% del PIL dell'UE ossia più di 400 miliardi di euro) genereranno nuovi investimenti, stimoleranno la domanda, creeranno posti di lavoro e aiuteranno l'UE a passare a un'economia a bassa emissione di CO₂.

8. Il Consiglio europeo ha raggiunto un accordo sulla parte spettante alla Comunità del piano europeo di ripresa economica a sostegno di progetti nei settori dell'energia, dell'internet a banda larga e delle misure relative alla valutazione dello stato di salute della PAC. Invita la presidenza ad accelerare i contatti con il Parlamento europeo affinché il Consiglio e il Parlamento europeo pervengano ad un accordo prima della sospensione delle attività parlamentari.

9. Nell'insieme, sono messi a disposizione circa 30 miliardi di euro dalle risorse dell'UE. Il Consiglio europeo accoglie con favore i progressi conseguiti in particolare per quanto riguarda i versamenti anticipati provenienti dai fondi strutturali e di coesione, l'accordo sull'applicazione volontaria delle aliquote IVA ridotte e sulle azioni della BEI volte a potenziare le possibilità di finanziamento delle PMI. Incoraggia il raggiungimento di un accordo in tempi brevi sul riesame del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione.

10. Le misure adottate dagli Stati membri per sostenere l'economia reale e l'occupazione dovrebbero essere attuate in modo tempestivo, mirato e temporaneo, nel rispetto dei principi guida seguenti: promuovere l'apertura nel mercato interno e nei confronti dei paesi terzi, non discriminare i prodotti e servizi di altri Stati membri, garantire la coerenza con gli obiettivi di riforma a lungo termine. A tal fine gli Stati membri e la Commissione dovrebbero mettere in comune informazioni e buone prassi, raggruppando gli sforzi per creare sinergie. In particolare la comunicazione della Commissione del 25 febbraio 2009 stabilisce un importante quadro di azione a sostegno del settore automobilistico, tra cui un coordinamento europeo rafforzato dei regimi per il rinnovo del parco auto.

11. È fondamentale, a livello nazionale e comunitario, che l'attuazione delle misure di ripresa convenute prosegua: si invitano Commissione e Consiglio a valutare e controllare le misure e a riferire al Consiglio europeo di giugno 2009.

12. Il Consiglio europeo ribadisce il suo forte impegno a favore di finanze pubbliche solide e del quadro del patto di stabilità e crescita. Gli Stati membri dovrebbero tornare quanto prima ai rispettivi obiettivi di bilancio a medio termine di pari

passo con la ripresa economica e conformemente al patto di stabilità e crescita, tornando quindi il più rapidamente possibile a posizioni coerenti con finanze pubbliche sostenibili.

13. La stabilità macrofinanziaria è un elemento essenziale della capacità di ripresa dell'economia europea nel suo insieme. Nel sottolineare che la solidarietà tra Stati membri è un valore fondamentale dell'UE, il Consiglio europeo invita la Commissione e il Consiglio a prendere le misure necessarie per esser pronti, se occorre, a reagire caso per caso, sulla base di tutti gli strumenti disponibili e ove appropriato in stretto coordinamento con le istituzioni finanziarie internazionali. In particolare la Comunità è pronta a fornire sostegno alla bilancia dei pagamenti degli Stati membri ammissibili che ne hanno bisogno e, a tal fine, accoglie con favore l'intenzione della Commissione di presentare una proposta di raddoppio del massimale del meccanismo di sostegno dell'Unione per l'aiuto alla bilancia dei pagamenti fino a 50 miliardi di euro.

Servirsi appieno della strategia di Lisbona rinnovata per la crescita e l'occupazione (Omissis)

Affrontare le ripercussioni sociali della crisi (Omissis)

Lavorare insieme a livello globale (Omissis)

II. Energia e cambiamenti climatici

Rafforzare la sicurezza energetica dell'Unione (Omissis)

Preparazione della conferenza di Copenaghen sui cambiamenti climatici (Omissis)

III. Politica europea di vicinato

Partenariato orientale

29. La promozione di condizioni di stabilità, buon governo e sviluppo economico nei Paesi limitrofi orientali è d'importanza strategica per l'Unione europea. In linea con la comunicazione della Commissione del 3 dicembre 2008, il Consiglio europeo si compiace dell'istituzione di un ambizioso partenariato orientale e adotta la dichiarazione allegata alle presenti conclusioni. Chiede siano realizzati tutti i preparativi necessari per il vertice in cui sarà varato il partenariato orientale con i Paesi *partner* che si terrà il 7 maggio 2009. (Omissis)

Unione per il Mediterraneo

32. Il Consiglio europeo ribadisce che intende rafforzare il suo partenariato con i *partner* del Mediterraneo meridionale. Chiede la ripresa dell'attuazione dei progetti individuati nel vertice di Parigi. In tale contesto è importante accelerare i lavori sull'istituzione di un segretariato permanente dell'Unione per il Mediterraneo a Barcellona.

IV. Relazioni UE-USA (Omissis)

V. Trattato di Lisbona (Omissis)

ALLEGATO 1

Testo concordato in vista del vertice del G20 di Londra**Guidare l'azione internazionale necessaria a promuovere un rapido ritorno alla crescita economica sostenibile**

i. Conformemente ai risultati del vertice di Berlino e della riunione ministeriale del G20 proseguire il coordinamento internazionale delle misure di stimolo di bilancio. Attuare rapidamente i pacchetti di stimolo di bilancio programmati. Prepararsi ad eliminare gli stimoli macroeconomici in modo ordinato.

ii. Dare priorità al ripristino del funzionamento dei mercati creditizi e facilitare il flusso del credito all'economia, elementi cruciali per l'efficacia degli stimoli di bilancio. Intervenire in modo tempestivo e coordinato salvaguardando la parità di condizioni.

iii. Assicurare la coerenza delle misure di bilancio con obiettivi a più lungo termine quali finanze pubbliche sostenibili, il miglioramento della produttività e la risposta alle sfide poste dall'invecchiamento demografico e dai cambiamenti climatici.

iv. Mantenere aperti i mercati ed evitare qualsiasi tipo di misura protezionistica (nessun nuovo ostacolo agli investimenti e agli scambi e nessuna nuova restrizione alle esportazioni). Sforzarsi di raggiungere rapidamente un accordo sulle modalità per l'agenda di Doha per lo sviluppo, con risultati ambiziosi ed equilibrati.

v. Sostenere un'iniziativa multilaterale sul finanziamento al commercio, in quanto la contrazione di quest'ultimo contribuisce ad aggravare quella del commercio mondiale. Sostenere gli sforzi volti ad assicurare che il finanziamento al commercio raggiunga tutte le imprese, incluse le piccole e medie imprese, sia nel mondo sviluppato che in quello in via di sviluppo con rapidità e senza causare distorsioni.

Rafforzare la capacità di gestire e prevenire le crisi a livello mondiale (*Omissis*)**Regolamentare meglio i mercati finanziari (*Omissis*)****Sostenere i Paesi in via di sviluppo nella risposta agli effetti della crisi (*Omissis*)**

ALLEGATO 2

Dichiarazione del Consiglio europeo sul partenariato orientale

(*Omissis*)

ALLEGATO 3

Elenco dei documenti di riferimento presentati al Consiglio europeo

(*Omissis*)

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 18-19 giugno 2009*

Nel mezzo della più grave recessione globale dalla seconda guerra mondiale, il Consiglio europeo ha nuovamente mostrato la determinazione dell'Unione a superare le difficoltà attuali e a guardare al futuro prendendo una serie di decisioni volte a raccogliere rapidamente ed efficacemente le molteplici sfide.

Persuasi che il trattato di Lisbona costituirà un quadro d'azione migliore per l'Unione in numerosi settori, i Capi di Stato o di governo hanno approvato le garanzie giuridiche intese a rispondere alle preoccupazioni del popolo irlandese, creando così le premesse per una loro nuova consultazione sul trattato. I Capi di Stato o di governo hanno inoltre avviato il processo di designazione del Presidente della futura Commissione.

La crisi economica resta per i cittadini della massima importanza. I significativi provvedimenti adottati finora a sostegno del settore bancario e dell'economia reale nel suo complesso sono riusciti a evitare il crollo finanziario e ad avviare una ripresa delle prospettive di crescita reale. Il Consiglio europeo ha adottato varie decisioni che dovrebbero portare alla creazione di una nuova architettura di vigilanza finanziaria allo scopo di proteggere il sistema finanziario europeo dai rischi futuri e far sì che gli errori del passato non possano più ripetersi. Deve essere attribuita la massima priorità al contrasto degli effetti della crisi sull'occupazione, aiutando le persone a conservare il lavoro o a trovare nuovi posti di lavoro.

La lotta efficace ai cambiamenti climatici contribuirà anche a progredire verso un'economia sostenibile e creerà nuovi posti di lavoro. Il Consiglio europeo ha preso ulteriori iniziative per delineare la posizione dell'UE alla conferenza di Copenaghen sui cambiamenti climatici che si terrà alla fine dell'anno. Ha inviato un forte segnale riguardo alla sua intenzione di mantenere un ruolo trainante in questo processo ed ha invitato il resto della comunità internazionale a contribuire pienamente al raggiungimento di un risultato positivo ed ambizioso a Copenaghen.

I *leader* europei hanno espresso profonda preoccupazione per la drammatica situazione nell'area mediterranea e hanno concordato una serie di misure allo scopo di aiutare gli Stati membri che sono in prima linea a rispondere all'afflusso di immigrati clandestini e a prevenire altre tragedie umane.

Il ruolo dell'UE a livello mondiale rimane di particolare interesse per i leader europei. Questi ultimi hanno sottolineato l'importanza strategica delle relazioni transatlan-

* 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.).

tiche ed hanno accolto con soddisfazione l'avvio del partenariato orientale. Hanno altresì posto in rilievo che il processo di pace in Medio Oriente è rimasto una priorità fondamentale per l'UE nel 2009. Il Consiglio europeo ha ribadito la grande importanza della stabilità e della sicurezza in Afghanistan, in Pakistan e nella regione nel suo complesso. Il Consiglio europeo ha adottato le dichiarazioni sull'Iran e sulla Repubblica popolare democratica di Corea. Nella dichiarazione sulla Birmania/Myanmar i leader hanno chiesto il rilascio immediato e incondizionato di Aun San Suu Kyi.

La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da una presentazione di Hans-Gert Pöttering, presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni. Il Consiglio europeo ha ringraziato calorosamente il signor Pöttering per il lavoro svolto durante il suo mandato di presidente del Parlamento europeo.

I. Questioni istituzionali

L'Irlanda e il Trattato di Lisbona (Omissis)

Designazione del presidente della Commissione (Omissis)

Misure transitorie sul PE

10. Il Consiglio europeo rammenta la dichiarazione del dicembre 2008 sulle misure transitorie riguardanti la composizione del Parlamento europeo. Conviene che tali misure transitorie conterranno gli elementi indicati nell'allegato 4. Una volta soddisfatta la condizione stabilita nella dichiarazione del dicembre 2008, la presidenza farà i passi necessari per l'attuazione di queste misure.

II. Situazione economica, finanziaria e sociale

11. L'Unione europea, come il resto del mondo, fa tuttora fronte agli effetti della recessione più profonda e più estesa del dopoguerra. È essenziale che l'UE continui a sviluppare ed attuare le misure necessarie per rispondere alla crisi. A tal fine occorre basarsi sugli importanti risultati conseguiti negli ultimi mesi in linea con il piano europeo di ripresa economica approvato lo scorso dicembre che comporterà un sostegno finanziario complessivo di circa il 5% del PIL nel 2009/2010. Come evidenziato dalla relazione del Consiglio contenente una valutazione delle misure nazionali di ripresa (10771/09), i significativi provvedimenti adottati dai governi e dalle banche centrali stanno contribuendo a limitare gli effetti negativi del rallentamento dell'economia e a difendere l'occupazione. Essi creano altresì le premesse per una ripresa economica sostenibile.

12. Il Consiglio europeo ribadisce il suo forte impegno a favore di finanze pubbliche sane e del patto di stabilità e crescita. L'evoluzione futura resta incerta; le previsioni economiche e di bilancio elaborate a inizio maggio dalla Commissione saranno discusse dal Consiglio ECOFIN. Il Consiglio europeo ribadisce la determinazione a fare il necessario per ripristinare posti di lavoro e crescita. È importante che il risanamento vada di pari passo con la ripresa economica. Si avverte chiaramente la necessità di una strategia d'uscita affidabile e credibile, tra l'altro miglio-

rando il quadro di bilancio a medio termine e attraverso politiche economiche a medio termine coordinate.

13. Il Consiglio europeo sostiene l'adozione delle nuove misure di bilancio in Lettonia volte ad assicurare un consolidamento finanziario consistente quest'anno e l'anno prossimo. Sottolinea che la rigorosa attuazione delle misure adottate, unitamente ad una strategia a medio termine credibile, produrrà un risultato positivo dell'attuale programma di adeguamento. Il Consiglio europeo sostiene fermamente l'intenzione della Commissione di proporre il rapido esborso della prossima quota del sostegno comunitario della bilancia dei pagamenti nel quadro del programma di adeguamento.

14. Il Consiglio europeo ha discusso l'attuale situazione sul mercato dei prodotti lattiero-caseari. Ha invitato la Commissione a presentare un'approfondita analisi del mercato entro i prossimi due mesi, comprendente possibili opzioni per stabilizzare il mercato dei prodotti lattiero caseari, nel rispetto dell'esito della "valutazione dello stato di salute".

Costruire un nuovo ordine sui mercati finanziari (Omissis)

Potenziare gli sforzi a sostegno dell'occupazione (Omissis)

III. Cambiamenti climatici e sviluppo sostenibile (Omissis)

IV. Immigrazione irregolare

36. I recenti avvenimenti verificatisi a Cipro, in Grecia, in Italia e a Malta sottolineano l'urgenza di potenziare gli sforzi per prevenire e contrastare efficacemente l'immigrazione irregolare alle frontiere marittime meridionali dell'UE, evitando così future tragedie umane. È essenziale una risposta europea determinata, ispirata ai principi di fermezza, solidarietà e responsabilità condivisa, in linea con il patto europeo sull'immigrazione e l'asilo e con l'approccio globale in materia di migrazione, di cui occorre accelerare l'attuazione, specie per quanto riguarda la cooperazione con i paesi di origine e di transito. Tutte le attività nella regione del Mediterraneo occidentale e alle frontiere orientali e sudorientali devono continuare.

37. Di fronte all'attuale emergenza umanitaria devono essere predisposte e attuate rapidamente misure concrete. Il Consiglio europeo sollecita il coordinamento delle misure volontarie per la ridistribuzione interna dei beneficiari di protezione internazionale presenti negli Stati membri esposti a pressioni specifiche e sproporzionate e delle persone altamente vulnerabili. Si compiace dell'intenzione della Commissione di adottare iniziative a tal riguardo, cominciando con un progetto pilota per Malta. Esorta il Consiglio e il Parlamento europeo a raggiungere un accordo che permetta di istituire rapidamente l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo. Il Consiglio europeo sottolinea inoltre la necessità di potenziare le operazioni di controllo alle frontiere coordinate da FRONTEX, di definire chiare regole d'ingaggio per il pattugliamento congiunto e lo sbarco delle persone soccorse in mare e di fare maggior ricorso a voli di rimpatrio congiunti. In questo contesto, sollecita un forte intervento

per lottare efficacemente contro la criminalità organizzata e le reti criminali dedite alla tratta di esseri umani.

38. Il Consiglio europeo sottolinea la necessità di un rafforzamento significativo della cooperazione con i principali paesi di origine e di transito. Invita la Commissione ad esplorare la cooperazione concreta con i paesi terzi in linea con i precedenti mandati adottati dal Consiglio. L'efficacia degli accordi di riammissione dell'UE deve essere aumentata come parte delle politiche esterne globali dell'UE. La conclusione dei negoziati sugli accordi di riammissione della CE con i paesi chiave di origine e di transito quali la Libia e la Turchia è una priorità: fino ad allora gli accordi bilaterali già esistenti dovrebbero essere attuati in maniera adeguata.

39. Il Consiglio europeo esorta il Consiglio a tenere nel debito conto questi elementi nella preparazione del nuovo programma quadro pluriennale in materia di libertà, sicurezza e giustizia. Il Consiglio europeo invita la Commissione a presentare ulteriori proposte in occasione della prossima riunione del Consiglio europeo, sulla base di una risposta appropriata a tali problemi.

V. Relazioni esterne (*Omissis*)

ALLEGATO 1

Decisione dei Capi di Stato e di Governo dei 27 Stati membri dell'UE riuniti in sede di Consiglio europeo, concernente le preoccupazioni del popolo irlandese sul Trattato di Lisbona
(*Omissis*)

ALLEGATO 2

Dichiarazione solenne sui diritti dei lavoratori, sulla politica sociale e su altre materie

(*Omissis*)

ALLEGATO 3

Dichiarazione nazionale dell'Irlanda

(*Omissis*)

ALLEGATO 4

Misure transitorie da adottare riguardanti la composizione e il numero di membri del Parlamento europeo

a. Ai 736 seggi occupati alle elezioni del PE di giugno saranno aggiunti i 18 seggi seguenti:

Bulgaria	1	Paesi Bassi	1
Spagna	4	Austria	2
Francia	2	Polonia	1
Italia	1	Slovenia	1
Lettonia	1	Svezia	2
Malta	1	Regno Unito	1.

b. Per occupare i seggi supplementari gli Stati membri interessati designeranno persone secondo le rispettive legislazioni nazionali e a condizione che siano state elette a suffragio universale diretto, segnatamente in una elezione ad hoc o con riferimento ai risultati delle elezioni europee del giugno

2009, ovvero attraverso la nomina da parte dei rispettivi parlamenti nazionali, al proprio interno, del numero richiesto di membri.

ALLEGATO 5
Dichiarazione sul Pakistan e l'Afghanistan

(Omissis)

ALLEGATO 6
Dichiarazione sulla Birmania/Myanmar

(Omissis)

ALLEGATO 7
Dichiarazione sulla Repubblica popolare democratica di Corea (RPDC)

(Omissis)

ALLEGATO 8
Dichiarazione sull'Iran

(Omissis)

ALLEGATO 9
Elenco dei documenti di riferimento presentati al Consiglio europeo

(Omissis)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

CATTANEO E IL FEDERALISMO*

Confesso che quando ho letto il titolo che è stato assegnato al mio intervento («*L'economista federalista Cattaneo*»), con l'enfasi su "l'economista", ho pensato che chi l'ha formulato (non me ne voglia) non deve essere un profondo lettore di Cattaneo. Infatti il tema del federalismo è sempre presente in Cattaneo, ma non specificamente in chiave economica. Esso rappresenta un elemento essenziale della sua concezione politico-istituzionale, della sua filosofia della libertà e della democrazia, della sua visione per unire i popoli e gli Stati. Cattaneo è un profondo conoscitore della storia svizzera e di quella degli Stati Uniti d'America, che prende sempre a riferimento parlando degli Stati Uniti d'Europa e degli Stati Uniti d'Italia; ha letto e meditato i *Federalist*.

Parliamo dunque di Cattaneo e del federalismo e non dell'economista Cattaneo e del federalismo. Anzi, siamo qui già ad un punto cruciale della differenza rispetto al dibattito in corso da noi; a Cattaneo farebbe orrore questo nostro miserabile dibattito sul federalismo, condotto solo in chiave economica, anzi in chiave contabile-fiscale. Tuttavia, anche se Cattaneo, a mia conoscenza, non tratta mai espressamente il federalismo da un punto di vista specificamente ed esclusivamente economico e fiscale, la sua concezione di federalismo sottintende anche una concezione economica e fiscale. La sua è una concezione molto semplice e lineare, che è quella propria del federalismo, per così dire, allo stato puro. Salvo le grandi funzioni che vengono conferite allo Stato federale (difesa, moneta, commercio internazionale, politica estera), tutte le altre attività vengono svolte e finanziate direttamente dai governi locali. Ogni governo locale realizza un certo livello di servizi, il cui costo viene a

* Relazione tenuta al seminario su «*Federalisti e Socialisti - Uno storico binomio riproponibile per l'oggi?*» tenutosi a Castagnola (Lugano, Svizzera) in data 7 marzo 2009.

gravare, con le imposte locali, sui cittadini, che hanno così la possibilità di partecipare all'amministrazione e alla politica locale e di giudicarla. Questa impostazione presuppone l'accettazione di possibili disuguaglianze nei vari territori.

Nella pratica i principali Stati federali non applicano il federalismo ed il federalismo fiscale nella loro forma pura, che Cattaneo sosteneva. In tutti i casi rilevanti (a partire dagli USA sino alla Germania, all'Australia, al Canada) il governo federale distribuisce rilevanti fondi ai territori più deboli per assicurare almeno un minimo livello di uguaglianza dei cittadini a prescindere dalla loro residenza, attuando le cosiddette politiche di perequazione. Due punti però sono certi:

- il federalismo è una concezione politico-democratico-istituzionale che non va confusa con il roboante e ingannevole concetto di federalismo fiscale;
- non si può neppure parlare di federalismo fiscale quando gli enti locali non hanno significative entrate proprie (come è in Italia anche con la nuova legge in discussione) o quando significative voci di spesa sono sostanzialmente governate dal centro (come è in Italia per la voce di spesa delle regioni di gran lunga più rilevante e cioè la spesa sanitaria).

Quello che stiamo facendo noi, in modo così tormentato, confuso e roboante, non può essere chiamato né federalismo né federalismo fiscale. È solo una banale discussione di bassissimo livello scientifico e politico sulla distribuzione tra entrate centrali e locali, come ce ne sono state tante nei 148 anni di unità nazionale, come ha spiegato il professor Piero Giarda in una magnifica lezione tenuta il 2 marzo 2009 all'Università Cattolica. Il professor Giarda ha ricordato che probabilmente il massimo grado di federalismo fiscale è stato da noi raggiunto sotto il regime fascista, con il Testo Unico della Finanza Locale del 1931, che ha posto le entrate fiscali locali – e segnatamente comunali – su una solida base di autonomia, con l'imposta di famiglia, le imposte di consumo, le sovraimposte sui redditi fondiari e sul reddito generale. Il centralismo fiscale assoluto è stato, invece, raggiunto nel corso degli anni '70 con la c.d. "riforma Visentini" e con i "decreti Stammati" del 1977, che hanno abolito totalmente ogni autonomia fiscale locale. Il professor Giarda ha garbatamente intitolato la sua bellissima e rigorosa lezione: *La favola del federalismo fiscale*. Io che sono più rude, anche dopo averlo ascoltato, l'avrei chiamata: *L'imbroglio o la farsa del federalismo fiscale*. Sarei tentato di usare termini anche più duri, ricordando che gli attuali "federalisti" hanno eliminato l'unica imposta locale logica e naturale che era l'ICI.

Ma ritorniamo a Cattaneo, inserendo i punti chiave del suo federalismo nelle grandi tendenze storiche.

Il modello di Stato-nazione si afferma definitivamente nella Francia rivoluzionaria, ma prima di affermarsi esso si confronta con il modello federalista che ha le sue radici negli scritti dei *Federalist*. L'Assemblea legislativa del 26

agosto 1792 iscrive Hamilton e Madison nella lista dei "celebri servitori dell'umanità". Del resto Montesquieu aveva teorizzato la repubblica federativa quale forma di governo che traeva origine da una convenzione di corpi politici autonomi e che «preveniva tutti gli inconvenienti» politici, «gli eccessi del dispotismo regio e della demagogia popolare». Hamilton aveva letto «L'Esprit des lois» e la «Repubblica federalista» di cui aveva parlato Montesquieu, che gli appariva la difesa dei governi popolari.

Ma già nel settembre 1792 il federalismo fu visto dai giacobini come minaccia scissionista, come «conflitto per restaurare la monarchia». La guerra ravvivava la minaccia di una restaurazione monarchica ed alimentava il timore della frantumazione (un timore analogo dominò in Italia, come vedremo, nel 1861). Perciò la soluzione federalista alimentata nei circoli girondini fu attaccata violentemente dai giacobini come sinonimo di "complotto realista". È questa la visione che finisce per imporsi con il mito dello Stato-nazione e con il feroce centralismo e accentramento burocratico-militare. Per i giacobini i sostenitori del federalismo finirono col confondersi con i difensori del particolarismo feudale o dei privilegi aristocratici oppure con gli alleati dei nemici esterni della Rivoluzione. Emblematicamente l'autore della traduzione francese dei *Federalist*, Trudaine de la Sablière, finì, per questo, sul patibolo. La politica giacobina di accentramento burocratico-militare fu proseguita e sviluppata da Napoleone e diffusa in tutta l'Europa continentale. In Italia l'ammirazione per la costituzione americana era diffusa tra i pensatori e l'impostazione federalista appariva a molti congeniale ad un paese diviso in piccoli Stati, come formula per conciliare una necessaria unione con il rispetto delle tradizioni locali. Ma gli italiani (soprattutto i Lombardi) che avevano accolto Napoleone come liberatore erano anche affascinati dal modello francese, vivificato dallo spirito e dalla speranza rivoluzionaria. Nel 1796 l'amministrazione generale della Lombardia indisse un concorso tra «tutti i buoni cittadini e amanti della libertà» per rispondere al quesito «Quale dei governi liberi meglio convenga alla felicità d'Italia?». Vinse il filosofo ed economista piacentino Melchiorre Gioia, fautore di una repubblica unitaria, come la maggior parte dei partecipanti al concorso¹. Ma proposte federaliste erano state elaborate in Italia sin dal settecento, come quelle di *Antonio Genovesi* e del Conte di Hauteville, ministro degli esteri del Re di Sardegna, che elaborò nel 1791 un progetto per l'«Idea di una confederazione delle Potenze d'Italia», per difendersi dalle pressioni scaturenti dalla rivoluzione francese. Ma nel concorso non mancarono le impostazioni federaliste anche in chiave democratica e rivoluzionaria, come quella del vercellese Giovanni Antonio Ranza, che merita di essere citata:

¹ V. sul punto, per aspetti correlati, F. CAPELLI, *Riflessioni sulle prospettive di unificazione del diritto europeo (in margine ad un convegno di studi dedicato alle opere giuridiche di Ludovico Antonio Muratori)*, in questa Rivista, 2001, p. 629 ss.

«Siccome l'Italia è divisa da molti secoli in domini, e costumi, e dialetti, ed interessi diversi, non è ora possibile di darle una forma di governo unica per tutti. Adunque adotteremo l'unità del governo federativo degli Stati Uniti d'America o dei Cantoni Svizzeri, ad onta dello spauracchio degl'imbecilli, chiamato federalismo; organizzandolo in undici Repubbliche federate, ossia Stati liberi federati d'Italia; ciascuno de' quali dentro il 1797 adunato in Convenzione nazionale formerà la sua costituzione più o meno democratica, secondo il suo stato fisico, politico, e morale, ad oggetto di cercarvi la possibile felicità»².

Dopo la caduta di Napoleone il modello centralista francese si consolidò al Congresso di Vienna. *«L'amministrazione uniforme e la subordinazione della periferia al centro, assicurata dai prefetti e dai sindaci-ufficiali di governo si presentarono come strumenti troppo efficaci per essere abbandonati»* (Zeffiro Ciuffoletti). Tuttavia sulle rovine dell'impero napoleonico e dopo tanti anni di sanguinose guerre, ripresero vigore le idee federaliste come strumento di pace tra i popoli. Anche in Italia si aprì un vivo dibattito tra gli spiriti più liberali, e si ritornò a guardare con ammirazione verso gli Stati Uniti d'America, dove la democrazia si era affermata senza il terrore e senza i rischi dell'autocrazia e dove il bilanciamento dei poteri, proprio grazie all'impostazione federalista, si era realizzato. In questa breve fase della storia italiana, l'orientamento unitario era nettamente minoritario, mentre la visione federalista appariva realistica e pragmatica³. L'indirizzo federalista di stampo liberale democratico, diciamo sul modello americano, si intreccia con le aspirazioni all'indipendenza, con le varie proposte di confederazione tra gli Stati italiani, con il filone cattolico contrastante il mito dello Stato-nazione a fronte del ruolo delle persone e delle società intermedie (si veda per tutti Antonio Rosmini, per il quale quando lo Stato da semplice mezzo diventa fine – tutto dello Stato, nello Stato e per lo Stato – il vero fine che è la persona umana ne risulta schiacciata. Per questo secondo Rosmini gli Stati più rispettosi della persona e delle sue forme associative – famiglie, corporazioni, comune – erano quelli federali).

Sulle macerie delle rivoluzioni del '48-'49 si radicalizzò anche la posizione dei democratici. Da un lato Mazzini e gli unitari, dall'altro i democratici federalisti. Tra questi fu particolarmente attivo Giuseppe Ferrari, influenzato da Proudhon, impegnato nel 1848 a Milano con Cattaneo, del quale era amico, e che dedicò parecchi scritti al tema federalista (tra i quali *La Federazione Repubblicana*, Londra, 1851). Ferrari era federalista ma insieme fautore di una rivoluzione nazionale e socialista.

² Citato in Z. CIUFFOLETTI, *Federalismo e regionalismo. Da Cattaneo alla Lega*, Roma-Bari, Laterza 1994.

³ F. DELLA PERUTA, *La federazione nel dibattito 1814-1847*, in *Conservatori liberali e democratici nel Risorgimento*, Milano, Franco Angeli, 1989.

È in questo ricco contesto che emerge Cattaneo come portatore della più coerente e precorritrice visione politica del federalismo in Italia e in Europa. Ma su questo punto bisogna essere chiari. Mentre Ferrari è federalista e socialista, Cattaneo è federalista e liberale; è federalista in quanto profondamente liberale, ed anche per questo fu stroncato da Gramsci nel 1931. Anzi, per essere ancora più chiari, Cattaneo si poneva come l'esponente più maturo della democrazia radicale ed era avversario del socialismo. Ma prima di passare ad alcune concezioni di fondo del federalismo di Cattaneo, è necessario ripercorrere alcuni altri passaggi storici.

Anche dopo il crollo delle speranze del '48 Cattaneo rimase intransigente avversario del Piemonte e della politica di annessione piemontese. Mentre altri democratici repubblicani, come Mazzini e Garibaldi, sacrificarono il loro ideale repubblicano e democratico alla superiore esigenza dell'unificazione italiana schierandosi con la monarchia sabauda, Cattaneo continuerà a sostenere che l'unità attraverso le annessioni al Piemonte sarebbe stata una finta, una incompleta, una cattiva unità: *«Libertà è Repubblica; e Repubblica è pluralità, ossia federazione»*. E in una lettera ad un amico siciliano del 1860 scrive: *«Pilo era unitario a ogni costo; con patti e senza patti. E voi pure v'intitolate puramente e semplicemente unitari. Io non ho sperato mai nulla nella nuda unità; per me la sola possibile forma d'unità in liberi popoli è un patto federale. Il potere debb'esser limitato; e non può essere limitato se non dal potere»*. Quando leggo queste riflessioni di Cattaneo sull'insufficienza dell'unità non posso non ripensare a un passo di *Da Quarto al Volturno. Noterelle d'uno dei Mille*, di Giuseppe Cesare Abba. È il 22 maggio 1860. La stupefacente vittoria di Calatafimi è alle spalle. Le squadre dei garibaldesi sono attestate, in ansiosa attesa di puntare su Palermo. Quella alla quale appartiene il ventiduenne Giuseppe Cesare Abba è attestata a Parco, un piccolo paese in vista di Monreale e Palermo. Abba si intrattiene con un giovane frate, Padre Carmelo, di ventisette anni, ammirato ed affascinato dalla spedizione dei garibaldesi, ma, al tempo stesso, diffidente di essa. Annota Abba: *«L'anima di padre Carmelo strideva. Vorrebbe essere uno dei nostri, per lanciarsi nell'avventura col suo gran cuore, ma qualcosa lo trattiene dal farlo»*. E così si sviluppa il breve, illuminante dialogo:

«Venite con noi, vi vorranno tutti bene».

«Non posso».

«Forse perché siete frate? Ce ne abbiamo già uno. Eppoi altri monaci hanno combattuto in nostra compagnia, senza paura del sangue».

«Verrei, se sapessi che farete qualcosa di grande davvero; ma ho parlato con molti dei vostri, e non mi hanno saputo dir altro che volete unire l'Italia».

«Certo, per farne un grande e solo popolo».

«Un solo territorio! In quanto al popolo, solo o diviso, se soffre, soffre; ed io non so che vogliate farlo felice».

«Felice! Il popolo avrà libertà e scuole».

«E nient'altro!» interruppe il frate: «perché la libertà non è pane e la scuola nemmeno. Queste cose basteranno forse per voi Piemontesi; per noi qui no».

«Dunque che ci vorrebbe per voi?»

«Una guerra non contro i Borboni, ma degli oppressi contro gli oppressori, grandi e piccoli, che non sono soltanto a Corte, ma in ogni città, in ogni villa».

«Allora anche contro di voi frati, che avete conventi e terre dovunque sono case e campagne!»

«Anche contro di noi: anzi prima che contro ogni altro! Allora verrei. Così è troppo poco».

Oggi, dopo 148 anni, possiamo dirlo: l'Unità d'Italia è stata troppo poco. Padre Carmelo aveva ragione. Pensava e diceva quello che pensava e diceva Carlo Cattaneo. È da lì che dobbiamo ricominciare. Dobbiamo ripartire dai fondamentali di una democrazia reale, che si basa sulla eterna lotta degli oppressi contro gli oppressori, affinché tutti possano avere pane e lavoro, perché si sia un solo popolo e non solamente un territorio unificato. È questo, del resto, uno dei temi di fondo che attraversano i numerosissimi interventi, molti dei quali di straordinaria attualità, di Garibaldi nei ventidue anni successivi. L'Italia per cui si è battuto ha poco in comune con quella reale, un paese dove il potere è rimasto, nella sua essenza, oppressivo e non al servizio dei cittadini. Anche Garibaldi di fronte alla unità così diversa da quella che aveva sognato, così insufficiente, raccomanda: ridurre il costo generale dell'apparato pubblico, "dicentrimento" amministrativo basato sui sindaci e sui comuni, abolendo prefetture, sottoprefetture, consigli di prefettura. Anche lui, dunque, sia pure a posteriori, come Cattaneo.

Ma Cattaneo, se è un intransigente sui principi, è anche realista. Dopo il fallimento del tentativo brevissimo di far filtrare il pensiero federalista in Garibaldi e nei suoi a Napoli prima della consegna dell'ex Regno delle Due Sicilie al re piemontese, Cattaneo cerca di salvare il salvabile e di puntare sull'istituto regionale, come ultima speranza di autonomia e decentramento. Sono parecchie, anche nell'ambito governativo, le voci che, in quegli anni dell'inizio dell'unità, si levano verso un progetto di nuovo assetto amministrativo basato su un forte decentramento rispettoso delle tante e profonde differenze tra i vari Stati preunitari. Nel 1859 erano stati estesi brutalmente alla Lombardia gli ordinamenti centralistici piemontesi con la "Legge Rattazzi" del 23 ottobre. Ora c'è chi si vuole muovere in modo diverso. Alla commissione istituita nel giugno 1860 per il nuovo assetto amministrativo, il ministro degli Interni Farini indirizzò una Nota, in parte ispirata da Cavour, che sottolineava l'esigenza di conciliare la «forte unità dello Stato», con le più accentuate libertà amministrative locali, dando un rilievo alle regioni, che Farini considerava «le membrature naturali dell'Italia». Al Sud erano state fatte lar-

ghe promesse di autonomia, ma alla fine la volontà autonomistica fu barattata contro la speranza che il governo centrale concedesse forti aiuti economici e militari. Nel febbraio 1861 Camera e Senato proclamarono il Regno e conferirono a Vittorio Emanuele II il titolo di Re d'Italia. In marzo Minghetti, che aveva sostituito Farini come ministro degli Interni, presentò, d'accordo con Cavour, quattro disegni di legge sul decentramento amministrativo, che pur svuotando il ruolo delle regioni, ridotte a consorzi di province, conservavano un impianto decentrato e rispettavano e valorizzavano le identità regionali e i vecchi patriotismi municipali. Il modello era anglofilo. Al governo spettavano le grandi competenze unitarie: gli esteri, la difesa, i trasporti, le poste.

Ma il disegno di uno Stato decentrato durò pochi mesi. Il 9 ottobre del 1861 Bettino Ricasoli, presidente del Consiglio dopo la morte di Cavour, estese per decreto a tutto il paese la legge con la quale Urbano Rattazzi aveva applicato alla Lombardia, nell'ottobre del 1859, il regime amministrativo, fortemente centralizzato, delle province piemontesi. Fu abbandonato il modello inglese e adottato, con una radicale inversione di marcia, il modello francese. Che cosa era accaduto tra il marzo e l'ottobre del 1861? Era morto a giugno Cavour, era scoppiata nel Sud la cosiddetta guerra del brigantaggio e si delineava un duro scontro con la Chiesa. Come all'inizio della rivoluzione francese, prevalse la paura. Il decentramento appariva come pericolo di frantumazione e i federalisti apparivano come sostenitori di particolarismi che, soprattutto nel Sud, apparivano di tipo reazionario. La soluzione accentratrice fu completata con la "Legge Ricasoli" del 1865, che ridisegnò tutta l'Italia secondo il modello piemontese, e vane furono le proteste degli "autonomisti" lombardi, toscani, napoletani e siciliani. Dei disegni federalisti moderati e democratici non restava altro che le ceneri.

Ma fino all'ultimo Cattaneo, pur profondamente deluso ed amareggiato, non desistette mai dal promuovere la sua visione civile e democratica e la sua richiesta di larghe forme di autonomia e decentramento: così nelle ultime lettere ai "liberi elettori" del 1867 e 1868, che mettevano in luce lo scollamento tra il paese reale e la struttura centralistica ed estranea del nuovo Stato.

Con la morte di Cattaneo a Castagnola nella notte tra il 5 e 6 febbraio 1869 (centoquarant'anni fa) la sua voce non si spense. La consapevolezza che la soluzione centralistica era una forzatura per un paese così diversificato come l'Italia era presente a molti e appena passata la fase acuta dell'avvio del nuovo Stato si ricominciò a parlare di autonomia e decentramento. Già nel 1866 era stata presentata in Parlamento una proposta di legge in chiave autonomista e di decentramento; nel 1868 Stefano Jacini aveva pubblicato il più importante progetto regionalista della storia dello Stato liberale (*La riforma dello Stato e il problema regionale*); nel settembre 1870 Jacini stesso e Ponza di San Martino indicano a Firenze un grande incontro di uomini della Destra e della Sinistra favorevoli al decentramento. «*L'Italia* – afferma il programma

finale – ha bisogno di una modificazione del suo organismo governativo nel senso di attuare il massimo possibile del decentramento dei pubblici affari che sia compatibile coll'unità politica dello Stato ... Al Governo Centrale i grandi interessi comuni, a tutta la nazione e ai partiti politici rappresentati nel Parlamento nazionale la lotta intorno a questi, e agli interessi locali invece maggiori possibilità di essere liberamente e con grande cognizione di causa amministrati da coloro cui direttamente li riguardano». L'elemento di maggiore novità in questa concezione era quello dello Stato come associazione di associazioni, una concezione tipicamente cattaneana.

A partire dal 1878 furono i seguaci di Cattaneo riuniti nella *Rivista Repubblicana* (diretta da Alberto Mario e voluta da Arcangelo Ghisleri), rivista dichiaratamente federalista (tanto che doveva prendere il nome di «Il Cattaneo»), a tenere desta l'idea federalista che il grosso della Sinistra al governo aveva totalmente abbandonato per schierarsi a favore del nuovo ordine "regio e unitario". La rivista si pose come raccordo tra la generazione federalista di Cattaneo, Ferrari, Macchi, Mario e Gabriele Rosa e le nuove generazioni repubblicane e socialiste che si collocavano in una posizione di opposizione allo Stato monarchico, unitario, accentratore. In quegli anni una dura polemica vide contrapposti Federico Campanella (repubblicano unitario intransigente) e Alberto Mario, che così replicò:

«La centralizzazione. Obbligando ad un tipo unico entro uno stampo venti popoli, venti storie, venti interessi, venti civiltà, venti tradizioni, venti abitudini, venti tendenze schiacciando la varietà feconda sotto il masso cretino dell'uniformità, sostituendo la metafisica delle simmetrie alle forme native elaborate dalla natura e dal tempo che dissecca la prima radice di ogni grandezza civile – l'individualismo – nega il massimo principio motore e creatore che nella scienza è la specializzazione, nell'economia è la divisione del lavoro ... La centralizzazione coi rispettivi prefetti, coscrizione militare e legge unica e dittatura annessa è abito apoplettico, è un fatto modernissimo avvenuto in un giorno di parossismo rivoluzionario: un regalo dei giacobini, è un francesismo, di cui fra i repubblicani in Italia, una setta del partito mazziniano è plagiaria insipiente».

È Cattaneo che continua a parlare in queste parole. E Cattaneo continua a parlare, sul tema delle autonomie, in Arcangelo Ghisleri (con il suo Circolo Carlo Cattaneo di Cremona, fondato nel 1879), in Napoleone Colajanni (*La libertà e la questione sociale*, 1879 e *Le istituzioni municipali*, 1882), in Aurelio Saffi (*Lezioni d'oltre Atlantico*, 1902), nello stesso Minghetti (*I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nella amministrazione*, 1881), nell'Associazione Costituzionale e nel Circolo popolare di Milano (1888), nell'azione del tecnologo e parlamentare milanese Giuseppe Colombo (eletto nel 1886 e protagonista di una lunga stagione, il giovane deputato milanese si rifaceva ad entrambi i filoni della tradizione regionalistica italiana: quello li-

beral-moderato dei Minghetti e Farini e quello repubblicano-federalista di Cattaneo e Ferrari e combattè il giacobinismo di Crispi che faceva dell'Italia «una delle nazioni più burocratiche del mondo»); nel Treves di "Critica Sociale" e nei movimenti socialisti, soprattutto milanesi, di fine secolo che, come Cattaneo, legavano il tema dell'autonomia locale alla «lotta per la libertà»; nella ricca schiera degli studiosi della questione meridionale (da Niceforo al socialista Ettore Ciccotti, che indicava per il Mezzogiorno la soluzione federalista secondo il modello svizzero - in: *Attraverso la Svizzera*, 1899 -, a Maffeo Pantaleoni, a Nitti e soprattutto a Salvemini, che si rifà espressamente a Cattaneo la cui conoscenza approfondita fece quando fu insegnante di storia in un liceo di Lodi nel 1898-99 e che riesce a fondere, in forma originale, il meridionalismo radicale di Nitti, il liberalismo di Antonio De Viti De Marco e il federalismo di Cattaneo), nel grande municipalismo di Sturzo, che si definiva «unitario ma federalista impenitente» e che come Cattaneo legava strettamente le autonomie locali e soprattutto comunali al principio di libertà; nell'opera immensa di Luigi Einaudi svolta, sempre con coerenza, nell'arco di oltre 50 anni; nei movimenti social-liberali come "Giustizia e Libertà", nell'ambito del quale Rosselli, nel 1934, dice parole che potrebbero tranquillamente essere firmate da Cattaneo:

«Vi è un mostro nel mondo moderno – lo Stato – che sta divorando la società ... Questo Stato bisogna abbatterlo ... la rivoluzione italiana, se non vorrà degenerare in una nuova statolatria, in più feroce barbarie, dovrà sulle macerie dello Stato fascista e capitalista, far risorgere la società, federazione di associazioni quanto più libere e varie possibili. Avremo bisogno anche domani di una amministrazione centrale di un governo ma così l'una come l'altra saranno agli ordini della società e non viceversa. L'uomo è il fine. Non lo Stato».

Sono parole non dissimili nella sostanza da quelle che il grande settantenne Konrad Adenauer pronunciò nel marzo 1946 all'Università di Colonia ergendosi (in quello che fu giustamente definito «uno dei più importanti discorsi nel mondo del dopoguerra, quello che segnò il vero inizio della nuova politica della Germania e dell'Europa occidentale» *P. Johnson*) contro il mito dello Stato-nazione e contro il giacobinismo centralista della sinistra marxista. Disse Adenauer: «siamo prima persone, cittadini, europei e poi tedeschi, mai più lo Stato-nazione; mai più lo Stato etico. Vogliamo una Germania federale per un'Europa federale».

Dunque non è vero che Cattaneo fu una voce isolata. Cattaneo rappresenta un anello importante di una grande tradizione nella quale si ritrovano il grande liberalismo, il miglior socialismo non marxista, la grande tradizione cattolico-liberale. Una lunga catena che, volendo, possiamo, nella nostra epoca, far nascere dai *Federalist* e che non è mai finita, pur essendo sempre a rischio, come lo è oggi, minacciata in forma sempre più intensa dai portatori di

una visione che vede la rinascita di neostatalismi e neototalitarismi, sia pur mascherati.

Questo *excursus* storico mi agevola le conclusioni sui temi che a me sembrano più importanti e più attuali del federalismo di Cattaneo.

A me sembra che i temi principali siano i cinque seguenti:

1. Il federalismo è uno strumento per unire non per dividere, per la pace non per la guerra, per facilitare la tenuta e la ricostruzione del tessuto sociale non per inserire nello stesso nuove lacerazioni.

2. Il federalismo non è solo un meccanismo istituzionale, ma è soprattutto uno strumento per la garanzia delle libertà civili e politiche. È la fede nella libertà, nella responsabilità individuale, nell'autonomia, che anima il federalismo. La meta per Cattaneo non è il federalismo in sé, ma la maggior libertà possibile, civile, economica, politica ed il federalismo è la formula che meglio aiuta a perseguire questo obiettivo.

3. Il nucleo fondante del federalismo sono i comuni, la particella prima del tessuto sociale e democratico. «I comuni sono la nazione: sono la nazione nel più intimo asilo della sua libertà»; il Comune «è uno Stato elementare, permanente e indissolubile». «Chi in Italia prescinde da questo amore delle patrie singolari, seminerà sempre nell'arena». È proprio grazie alla ricchezza ed alla molteplicità delle sue città che «l'Italia è storicamente e fisicamente federale».

4. Il diritto federale è diritto dei popoli. «L'unità senza libertà» è un falso indirizzo. E «dietro questi falsi indirizzi si svia la libertà, dietro le visioni della grandezza, della gloria, del primato si oblia il diritto». È necessario che ogni popolo «tenga le mani sulla sua libertà». «No, qualunque sia la comunanza dei pensieri e dei sentimenti che una lingua propaga tra le famiglie e le comuni, un parlamento adunato in Londra non farà mai contenta Ginevra: le leggi discusse in Napoli non risusciteranno mai la giacente Sicilia, né una maggioranza piemontese si crederà in debito mai di pensar notte e giorno a trasformar la Sardegna, o potrà rendere tollerabili tutti i suoi provvedimenti in Venezia o in Milano. Ogni popolo può avere molti interessi che può trattare egli solo, perché egli solo li sente, perché egli solo li intende. E v'è inoltre in ogni popolo anche la coscienza del suo essere, anche la superbia del suo nome, anche la gelosia dell'avita sua terra. Di là il diritto federale, ossia il diritto dei popoli; il quale debba avere il suo luogo, accanto al diritto della nazione, accanto al diritto dell'umanità».

5. Federalismo non vuol dire gretto localismo. Vuol dire farsi animatori dell'«alacre sviluppo della vita locale» basato su una «soda libertà», ma tutto ciò per essere soggetti attivi solidamente piantati nel proprio territorio ma proiettati in uno spazio culturale, civile e politico generale, perché il federalismo unisce e non separa.

«Fin dai primordii dell'opera nostra, or è più di vent'anni, abbiamo det-

to, e vorremmo bene che il benigno vecchio se ne ricordasse, che "l'Italia doveva tenersi soprattutto all'unissono coll'Europa, e non accarezzare altro nazional sentimento che quello di serbare un nobile posto nella grande associazione scientifica dell'Europa e del mondo. I popoli debbono farsi continuo specchio fra loro, perché gl'interessi della civiltà sono solidarj e comuni, perché la scienza è una, l'arte è una, la gloria è una. La nazione degli uomini studiosi è una sola: è la nazione d'Omero e di Dante, di Galileo e di Bacone, di Werner e di Linneo, e di tutti quelli che seguono i loro esempj immortali. È la nazione dell'intelligenza, che abita tutti i climi e parla tutte le lingue". Tale fu sempre la nostra fede. Giustizia e libertà ad ogni nazione, ad ogni popolo, ad ogni famiglia; padrone ognuno in casa; e tutti fratelli e amici in tutte le parti della terra ... Ci ricordiam d'aver già molt'anni addietro invocato l'unione fraterna di tutti i popoli europei nel semplice grido del cittadino e del filosofo: Libertà e Verità!» (dalla prefazione al volume 11° de "Il Politecnico", 1861).

A me sembra che quello che sono riuscito a dire giustifichi ampiamente una risposta positiva sull'attualità di Cattaneo e confermi valido ancora oggi il giudizio di Bobbio: Cattaneo, modernissimo teorico della libertà e del pluralismo.

Marco Vitale**

** Economista d'impresa.

RECENSIONI

Beth A. Simmons, *International Law*, vol. I-VI, Sage Library of International relations, Los Angeles-Londra-New Delhi-Singapore, SAGE Publications Ltd, 2008, p. 2304, £ 825,00

Questa imponente raccolta collettanea di scritti in lingua inglese concernenti diritto e relazioni internazionali, curata da Beth A. Simmons, titolare delle omonime cattedre dell'Harvard University, parte giustamente dall'assunto di una necessaria e simultanea valutazione dei tre grandi filoni dottrinali lasciati in eredità dal secolo scorso e comprensivi di funzionalismo istituzionale, realismo, e normativismo. Il complesso articolato dell'opera si suddivide in 75 paragrafi dedicati ad altrettanti saggi, prescelti nel contesto di quattro parti dedicate ai differenti approcci del diritto internazionale, alle relazioni internazionali vere e proprie ed agli istituti fondamentali del diritto dell'organizzazione internazionale ed europea, esaminati nello spettro di quattro settori particolari quali l'economia, la sicurezza, l'uso della forza e l'ambiente. Fin dalla parte prima, i saggi riprodotti tendono a dimostrare l'assunto di una necessaria rivalutazione delle dottrine classiche, grazie alle quali l'ordinamento internazionale si è munito dei propri strumenti concettuali ed operativi. Invero sin dalle sue origini, le dottrine giusnaturalistiche medioevali e moderne hanno consentito due approcci differenziati, l'uno maggiormente attento alle regole applicabili, l'altro viceversa alle relazioni naturali o sociali cui tali regole andavano applicate. Di qui anche la necessità sempre avvertita di uno studio giuridico sempre attento all'apporto delle scienze ausiliarie, genericamente non giuridiche, grazie alle quali le prime non perdono la loro autosufficienza, ma fanno sistema per affrontare una realtà così complessa come quella del controllo delle relazioni internazionali.

Il filone delle c.d. dottrine realistiche viene sviluppato nel volume primo in ampio *set* di contributi, grazie ai quali si misura l'impatto delle tendenze politologiche, socio-psicologiche, ed etiche, quali fattori indispensabili per il

funzionamento dell'intero sistema giuridico. Le tendenze normativistiche vengono studiate in funzione della loro capacità di costruzione dell'ordinamento giuridico (c.d. costruttivismo), attraverso l'esame dei vari meccanismi di legittimazione e legittimità tra i vari momenti normativi dell'ordinamento internazionale. Si passa così, nel volume secondo, allo studio del rapporto tra diritto e relazioni internazionali, mettendo in luce le varie nozioni che sono loro comuni come sovranità, giurisdizione domestica e democrazia, cui si dedica un discreto numero di studi riprodotti nei due volumi secondo e terzo. Dalla parte terza ci si dedica espressamente alle istituzioni internazionali intese come garanzia dell'intero sistema di *compliance* delle sue norme. In questo contesto si segnalano in particolare due contributi, a firma della stessa curatrice, di collegamento tra *capacity*, *commitment* e *compliance*, par. 45 e 55, con particolare riferimento ai comportamenti statali nel diritto internazionale economico e monetario. A partire dal volume V si illustrano i quattro settori speciali già citati: economico, di sicurezza, militare ed ambientale.

Tale imponente ritorno allo studio di natura scolastica, o neo-scolastica non rappresenta una novità nella dottrina di lingua inglese, dove la fedeltà alla tradizione si manifesta nella forma classica dei *readings* e delle *lectures* di scritti precedenti consacrati da un generale consenso. Viceversa tale opera rappresenta una reazione agli orientamenti dottrinali anti-scolastici finalizzati allo studio esclusivo dell'ordinamento positivo e dei suoi vari istituti (cui non manca, in più luoghi dell'opera, una particolare attenzione per la parte dedicata all'Unione europea, vol. II, p. 23 ss. e vol. VI, p. 353 ss.). Siffatto recupero delle dottrine classiche ripropone il pensiero di autori facendone riascoltare le voci, e in alcuni casi, procedendo ad una vera e propria resurrezione di alcuni di essi riattualizzati nel mondo contemporaneo. Si viene così a dare un ampio inquadramento sistematico alle teorie funzionali, grazie alle quali la Comunità internazionale e l'Unione europea si sono mosse lungo la linea della legalità sistematica e della giurisdizionalizzazione dei loro interventi secondo la tradizione dello Stato di diritto. Sempre in linea con tale orientamento, l'opera qui recensita si lascia definitivamente alle spalle i *trend* dottrinali dell'epoca della guerra fredda, innanzitutto quelli anti-universalistici riguardanti la tripartizione ormai superata di un diritto internazionale capitalistico, socialista e del terzo mondo. Ugualmente abbandonata a titolo definitivo è la tendenza dottrinale propria della seconda metà del secolo scorso, che assegnava all'ordine internazionale il compito di assicurare la coesistenza di sistemi contrapposti di uso della forza armata fra Stati e gruppi di Stati, in atteggiamento di reciproca aggressione, minacciata o praticata. Detto in altri termini un diritto internazionale a finalità primaria «*without use of force*», ovvero «*law without force*» (vol. I, par. I, p. 325).

Se un rilievo si può fare ad un'opera di tanta ampiezza e di così pregevole approfondimento, riguarda le dimensioni temporali della parte storica esami-

nata, a partire dai classici testi di Carl Smitt e di Hans Morgenthau (vol. I, par. V, p. 59 ss.). Tale *incipit* temporale sembra contrassegnare la dottrina internazionalistica *post*-moderna non solo di lingua inglese, ritenuta meritevole di avere introdotto le c.d. teorie sistemiche delle relazioni internazionali riguardanti i "modelli" ed i "regimi" loro applicabili. In realtà la distinzione concettuale tra *regulae* e *regimina* appartiene alla tradizione stessa del giusnaturalismo, secondo i poli concettuali che lo contraddistinguono, come sistema di studio di relazioni tra potestà sovrane (c.d. *de regimine principum*). Sempre in tale tradizione va segnalata la storica apertura del giusnaturalismo alle scienze ausiliarie chiamate a fornire prove ed esempi circa l'effettiva esistenza di regole e con forma e misura della loro attuazione. In questo senso riecheggiano le categorie del realismo molto più che quelle del normativismo, tante volte citati negli autori moderni e contemporanei riprodotti nella presente opera. Essa complessivamente valutata appare come un maestoso contributo di bilancio della dottrina del XX secolo affidata alla riflessioni degli autori contemporanei.

Massimo Panebianco*

Leonardo Pasquali: *Le régime juridique des mouvements transfrontières de déchets en droit communautaire et en droit international*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2005, pp. 404, € 25,00

Come ben illustrato nel volume di Leonardo Pasquali, è opera ardua e complessa definire, sul piano dell'ordinamento internazionale, una disciplina organica ed unitaria del trasferimento transfrontaliero dei rifiuti. La fattispecie, infatti, che ad uno sguardo superficiale sembra esaurirsi in un banale rapporto commerciale bilaterale tra il soggetto esportatore e quello importatore; in realtà, finisce per coinvolgere un più vasto numero di soggetti aventi una pluralità di interessi, collocabili in una pluralità di dimensioni, fino a coinvolgere l'interesse solidale della comunità internazionale. Per rendersi conto della complessità della materia, è sufficiente considerare che tale disciplina è chiamata a far convivere al suo interno i principi del libero commercio con quelli che garantiscono la tutela della salute umana e la salvaguardia dell'ambiente.

Suscita pertanto grande interesse l'organica ricostruzione dello stato della normativa internazionale in materia, che l'A. realizza con un'analisi che attraversa, in maniera sistematica, i differenti livelli normativi della disciplina.

Delimitata la nozione di rifiuto nelle sue diverse accezioni e tracciata la fondamentale distinzione tra rifiuti pericolosi e rifiuti valorizzabili, viene uti-

* Ordinario di diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno.

lizzato, quale strumento di indagine, il confronto tra il sistema onusiano e quello comunitario di disciplina della circolazione internazionale dei rifiuti, come rispettivamente sviluppati e codificati nella Convenzione di Basilea del 1989 e nei regolamenti comunitari. L'analisi comparativa, in modo progressivo e sistematico, si allarga ai collaterali sistemi universali, regionali, statuali di disciplina: ricordiamo, tra gli altri, quelli espressi dalle convenzioni internazionali universali e regionali in materia di tutela ambientale, dagli accordi interregionali dedicati specificamente alla disciplina del traffico dei rifiuti, dai grandi accordi commerciali universali, dalle organizzazioni regionali dei Paesi in via di sviluppo. Da tale comparazione si evidenzia come la disciplina dello spostamento transfrontaliero dei rifiuti nei diversi sistemi citati, possa assumere connotazioni differenti, a seconda della prospettiva nella quale la stessa viene a collocarsi. In taluni casi, infatti, è lecito parlare di una prevalente dimensione ecologica, come ad esempio nella Convenzione di Basilea; in altri di quella economico-commerciale, è il caso degli accordi OMC; allorché i Paesi in via di sviluppo – attraverso convenzioni regionali o atti unilaterali – stabiliscono il divieto d'introduzione nei loro territori dei rifiuti provenienti da Paesi stranieri, risulta, invece, prevalente la dimensione politica rispetto a quella ecologica o economica, nel senso che tale divieto appare rivolto a riaffermare il principio della piena sovranità di questi Paesi sulle loro risorse naturali; nell'ordinamento comunitario è possibile riscontrare, infine, una disciplina che si sforza di rispecchiare le differenti dimensioni della materia.

Questo esame, ad ampio spettro, della prassi internazionale consente all'A. di dimostrare l'inesistenza di un divieto indiscriminato per i movimenti transfrontalieri dei rifiuti e, per converso, il perpetuarsi di un regime di circolazione controllata, fondato sull'autorizzazione preventiva da parte degli Stati interessati, che, sulla base di una pluralità di *standard* di riferimento nazionali, regionali, universali, modulano le misure restrittive in funzione sia della natura dei rifiuti, che delle condizioni soggettive dello Stato di destinazione.

La ricostruzione del regime che governa la circolazione internazionale dei rifiuti, operata nella seconda parte del volume qui in disamina, consente poi di porre in luce come, nel caso di specie, il principio della gestione ecologicamente razionale dei rifiuti si realizzi attraverso due distinte tipologie di misure preventive, cioè, quelle di controllo, destinate a garantire l'osservanza delle regole per la corretta effettuazione del trasferimento e quelle strutturali, finalizzate alla realizzazione di processi in grado di determinare la riduzione delle quantità di rifiuti da esportare.

Il prosieguo dell'indagine sulle norme che regolano il passaggio dei rifiuti da un Paese all'altro porta, infine, alla verifica di come tale disciplina non possa fare a meno della definizione di un complementare regime di responsabilità che sia in grado di salvaguardare gli interessi eventualmente lesi e consenta di defi-

nire una giusta ripartizione dei costi relativi alle operazioni di trasferimento.

Infine, bisogna sottolineare che l'ampia ricerca sviluppata da Pasquali, oltre ad offrire un importante contributo alla riflessione sulle prospettive di sviluppo delle specifiche tematiche trattate, stimola anche una più generale riflessione sulla dimensione complessa dei rapporti interstatuali nell'odierno assetto della comunità internazionale, che rende obsolete le tradizionali rigide separazioni, in particolare, quelle tra diritto comunitario, diritto internazionale e diritto internazionale dell'economia.

Gerardo Martino**

Francesco Rossi Dal Pozzo, *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. XII-415, € 40,00

Nel più ampio contesto dello spazio pubblico internazionale di comunicazione mediante diversificati mezzi di trasporto, la libera circolazione si è da sempre contrassegnata quale libertà fondamentale delle persone, divenendo di riflesso per l'area economica-integrata europea la base del proprio assetto ordinamentale. In parallelo, in tale ultimo contesto la predetta libertà, se riconducibile a servizi prestati da imprese, ha spesso avuto quale interfaccia la ben nota libertà di concorrenza ponendo maggiori interrogativi nel momento in cui i servizi erogati siano posti per soddisfare esigenze pubblicistiche che coinvolgono diritti primari e secondari dei singoli. Ovviamente in una fase di liberalizzazione dei servizi, nuove istanze normative si presentano centrali volte a conciliare giustapposte esigenze pubblicistiche e privatistiche a favore non solo della salvaguardia del mercato, ma soprattutto a presidio di diritti fondamentali. I termini del rapporto diventano, così, ancor più complessi qualora si faccia riferimento a servizi per loro natura transnazionali, quali ad esempio il trasporto aereo, in cui necessaria si pone una doppia valutazione a seconda che si faccia riferimento all'area euro-comunitaria o al servizio prestato da compagnie di Stati terzi.

In tale contesto si inserisce l'opera qui recensita volta ad analizzare il servizio di trasporto aereo nella fase di liberalizzazione alla luce della recente normativa comunitaria. L'opera che compare nella collana dei contratti e commercio internazionale si articola in tre capitoli (capitolo primo, «La liberalizzazione e la concorrenza nel settore del trasporto aereo», pp. 7-94; capitolo secondo, «La sicurezza nel settore del trasporto aereo e la tutela dei diritti "primari" dei singoli», pp. 95-182; capitolo terzo, «La tutela dei diritti "secondari" dei singoli nel settore del trasporto aereo», pp. 183-236) corredati da un'appendice di documentazione normativa (pp. 241-390) articolata in tre se-

*** Straordinario di Diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno.

zioni corrispondenti per titoli ai capitoli dell'opera, nonché da altri quattro utili indici (delle norme, pp. 391-406; dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; della giurisprudenza, pp. 409-412 ed infine degli autori, pp. 413-415). Nel primo capitolo vengono ripercorse dall'A. le varie fasi normative del processo di liberalizzazione segnalando come esse trovano un loro impulso iniziale nella sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1986, più conosciuta come *Nouvelles Frontières*, nella quale si è sancita l'applicabilità delle norme sulla concorrenza anche al trasporto aereo escludendo il ruolo degli Stati membri nell'approvazione delle tariffe, basate su accordi fra le compagnie aeree per attribuirlo esclusivamente alla Commissione in conformità al Trattato CE.

Dagli interventi normativi comunitari, per lo più di natura regolamentare, che si sono succeduti a partire dagli anni '90 ne è derivata una casistica abbastanza diversificata e giustapposta per esigenze trattata nella parte centrale del primo capitolo (pp. 199 ss.) avente ad oggetto sia comportamenti statali restii ad una piena liberalizzazione sia comportamenti imprenditoriali volti a conquistare porzioni di mercato sempre più rilevanti (c.d. *relevant market*). Per ciò che concerne la prima fattispecie s'inserisce la vicenda relativa agli accordi *Open Skies* conclusi dagli Stati Uniti a partire dagli anni '90 per la liberalizzazione del trasporto aereo tra le parti contraenti, incluso il diritto di scalo e partenza da una destinazione in un Paese terzo verso un'altra destinazione, la c.d. quinta libertà. Diverse procedure di infrazione sono state così intraprese da parte della Commissione nei confronti degli Stati che hanno stipulato accordi con gli Stati Uniti e per effetto di ciò la Corte di giustizia si è pronunciata nell'anno 2002 evidenziando come gli Stati membri in questione avessero ignorato la competenza esclusiva che spetta all'Unione, sulla base dell'art. 80, par. 2, del Trattato CE nel negoziare con i Paesi terzi gli accordi in materia di trasporto aereo per loro conto, giungendo sulla base di tale argomentazione alla conclusione solo nel 2007 di un accordo UE-USA.

Per ciò che concerne invece l'accesso sul mercato di nuovi vettori, l'ostacolo più significativo è dato dalla disponibilità degli *slot* che ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 95/93/Cee vengono definiti come il permesso dato da un coordinatore di utilizzare l'intera gamma di infrastrutture aeroportuali necessarie per operare un servizio aereo in un aeroporto coordinato ad una data e in un orario specifico assegnato da un coordinatore al fine di atterrare o decollare. Ne deriva un forte interesse per compagnie nell'assegnazione degli *slot* che pongono profili concorrenziali rilevanti qualora le stesse compagnie tra di loro passino da una mera fase di consultazione permessa a vere e proprie intese restrittive vietate nell'assegnazione e nella gestione degli *slot*. Collegato al profilo degli *slot* si pone l'idoneità delle grandi strutture aeroportuali a configurarsi come perno di smistamento per i voli nazionali, internazionali ed intercontinentali.

Ed in tale contesto s'inserisce la ben nota vicenda Malpensa 2000 (p. 45

ss.) caratterizzata da una serie di interventi normativi interni, oggetto di attenzione anche da parte della Commissione, considerato il *favor* che si intravedeva nei confronti della compagnia di bandiera Alitalia, non giustificati dalla minore appetibilità dell'aeroporto di Malpensa rispetto a quello di Linate per il livello insufficiente di infrastrutture di collegamento con la città di Milano. A diverse valutazioni si giunge per ciò che concerne la fase attuale, considerato il potenziamento dei collegamenti con l'aeroporto di Milano Malpensa, e la crescita dell'aeroporto di Orio al Serio che costituiscono validi presupposti per la creazione di un *city airport* che serva la città di Milano al fine di evitare un'eccessiva frammentazione del traffico aereo nel Nord-Italia. La parte finale del primo capitolo (pp. 53 ss.) è destinata invece a quelle intese e prassi poste in essere dalle compagnie aeree oggetto di attenzione da parte della Commissione nell'interesse degli stessi consumatori quale ad esempio il fenomeno del c.d. *interlining*, per effetto del quale il passeggero si trova a compiere il viaggio o parte di esso con una compagnia diversa da quella con cui ha prenotato il volo pur facendo riferimento al biglietto ad un unico vettore, oppure il c.d. *code sharing* consistente in una intesa non regolamentata per effetto della quale due vettori condividono i propri codici di volo predisponendo di fatto un'offerta congiunta su determinate rotte, razionalizzando l'utilizzo degli aeromobili senza contestualmente diminuire il numero di rotte servite.

Il capitolo centrale dell'opera viene dall'A. dedicato al contenuto del diritto alla sicurezza e alla regolamentazione concernente vari profili del contratto di trasporto. Emerge una doppia nozione di sicurezza (p. 93 ss.) sia riferita al passeggero, sia riferita al volo considerati gli eventi drammatici dell'undici settembre i cui profili hanno trovato una disciplina organica nel regolamento Ce n. 216/2008. Primario, pertanto, si pone il diritto all'informazione sulle compagnie aeree, soprattutto quando si fa riferimento a compagnie di Stati terzi rispetto all'Unione europea.

Ampia trattazione viene dedicata al tema nella parte centrale del secondo capitolo (p. 112 ss.) analizzando i due principali regolamenti comunitari, n. 2111 del 14 dicembre 2005 e n. 473 del 22 marzo 2006, disciplinanti rispettivamente le c.d. *white list* e *black list* dei vettori aerei che soddisfino o meno *standard* minimi di sicurezza, fino a prevedere divieti operativi all'interno della Comunità. La parte finale del secondo capitolo (p. 155 ss) analizza le modalità di attuazione degli obblighi assicurativi derivanti dal contratto di trasporto di persone o cose.

A conclusione dell'indagine, nell'ultimo capitolo dell'opera (p. 183 ss.), l'A. analizza la disciplina dei c.d. diritti secondari, intesi come diritti degli utenti-passeggeri che a differenza di quelli primari non attengono alla vita, alla sicurezza e alla dignità dell'uomo, ma sono riconducibili nell'alveo della legittima aspettativa di usufruire di un servizio efficiente e di essere risarciti quando ciò non sia garantito. A tale proposito assumono, pertanto, particolare rilevanza sia la Carta dei diritti del passeggero, intesa come un documento che riassume gli

aspetti essenziali della legislazione internazionale – quale ad esempio la Convenzione di Montreal – e comunitaria, sia il regolamento Ce n. 261/2004 disciplinanti così varie fattispecie che vanno dal ritardo nel trasporto alla cancellazione dei voli. Anche in tale capitolo viene offerta un'ampia casistica di interventi della Commissione e di prassi giurisprudenziale sia interna che comunitaria.

In sede di valutazione finale va riconosciuto all'A. il merito di aver delineato, in un quadro ricostruttivo della disciplina dei servizi di trasporto aereo approfonditamente ampio, un'indagine applicativa ed interpretativa della tutela dei diritti di mercato e dei singoli, collocandosi a pieno nel *trend* monografico attuale di analisi della regolamentazione comunitaria dei servizi pubblici. Nel momento attuale, caratterizzato da un forte impatto e da una grande espansione dei servizi pubblici internazionali, l'espressione «pubblico» viene sostituita dall'altra «globale» o «universale» ed è proprio in tale ultimo inquadramento che può presentarsi utile una teoria generale dei servizi, soprattutto se trattasi di servizi liberalizzati per loro natura transnazionali. Ma tale prospettiva eccedeva evidentemente gli obiettivi dell'indagine, espressamente limitata alle sole norme regolatrici ed al sistema applicativo.

Francesco Buonomenna***

*** Ricercatore 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*

FRANCESCO BUONOMENNA, *Ricercatore di Diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

FEDERICO FORNI, *Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna*

GERARDO MARTINO, *Straordinario di Diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

ROBERTO MASTROIANNI, *Ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università Federico II di Napoli*

ROSSANA PALLADINO, *Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia», indirizzo autonomo nel corso di dottorato «Teoria delle Istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento» / l'Università degli Studi di Salerno*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

MARIA FRANCESCA PORTINCASA, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; assegnista di ricerca in Diritto Internazionale presso la medesima Università*

RENZO ROSSOLINI, *Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Parma*

MASSIMILIANO VALCADA, *Avvocato in Savona; Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Udine*

MARCO VITALE, *Economista d'impresa*

ARTICOLI

LE PRIVATIZZAZIONI DELLE IMPRESE PUBBLICHE ED IL RISPETTO DEI PRINCIPI FUNZIONALI ALLA REALIZZAZIONE DEL MERCATO UNICO

Sommario: *Premessa - 1. Le cause giustificative delle privatizzazioni - 2. Il ruolo propulsivo del diritto comunitario nelle privatizzazioni - 3. L'incidenza delle libertà comunitarie di stabilimento e di circolazione dei capitali sui processi di privatizzazione - 4. Il rilievo del diritto comunitario in materia di concorrenza - 5. Segue: Gli aiuti di Stato - 6. Conclusioni.*

Premessa

L'orientamento seguito da diversi Stati membri dell'Unione europea, tra i quali l'Italia e la Francia¹ è stato, anche nel recente passato, quello di intervenire direttamente nella proprietà e nella gestione di determinate imprese (processo di nazionalizzazione). Tale orientamento è stato, tra l'altro, giustificato con la necessità di assicurare, ai cittadini, la fruizione dei c.d. servizi d'interesse generale².

¹ F. CAPELLI, *Le nazionalizzazioni nel mercato comune*, in questa *Rivista*, 1983, p. 313 ss.

² L. MARINI, *Privatizzazione e liberalizzazione delle condizioni concorrenziali nella Comunità europea*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 167 ss., osserva come, attraverso le imprese pubbliche, si realizzasse un'ampia serie di azioni che, mediante il trasferimento di risorse finanziarie a beneficio del sistema produttivo incidevano in maniera rilevante sullo sviluppo delle attività imprenditoriali e, di conseguenza, sull'andamento delle economie nazionali. Generalmente, siffatte azioni erano accompagnate dall'emanazione di atti di imperio destinati sia al sistema economico considerato nel suo insieme, sia ai singoli settori della produzione. Le aziende statali finivano, quindi, per operare quasi esclusivamente in regime di monopolio. I Governi nazionali, infatti, provvedevano alla costituzione di tali aziende laddove ritenevano che i meccanismi di mercato non assicurassero la realizzazione di determinati investimenti e che l'importanza del raggiungimento di un interesse pubblico giustificasse il sacrificio dell'iniziativa privata. A tal proposito, A. PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 327, spec. p. 350, sottolinea che all'origine della costituzione delle imprese pubbliche vi era la convinzione che

Nel corso degli ultimi anni, invece, si è assistito ad un progressivo sviluppo del processo inverso di privatizzazione delle aziende pubbliche nella mutata concezione della funzione dello Stato all'interno dei mercati nazionali ed esteri.

Partendo dalla disamina delle cause di siffatta inversione di tendenza – soprattutto per quanto attiene a quelle riconducibili all'attuazione delle politiche dell'UE – risulterà interessante osservare se, ed in quale misura, il diritto comunitario vi abbia contribuito. In questa prospettiva d'analisi sarà necessario distinguere, tra le diverse tipologie di privatizzazione, quelle che effettivamente hanno determinato il trasferimento della proprietà da un ente pubblico ad un soggetto privato, al fine di appurare se le stesse abbiano concretamente risposto alle molteplici esigenze da cui erano scaturite.

La successiva disamina della compatibilità dei processi di privatizzazione con i principi di libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali permetterà di valutare se il diritto comunitario incoraggi e tuteli l'effettiva partecipazione delle persone fisiche e giuridiche di cittadinanza europea ai processi medesimi. Infine, si verificherà il rispetto, nell'attuazione di questi ultimi, delle disposizioni del Trattato Ce afferenti la libera concorrenza. Le imprese precedentemente gestite dagli Stati e sottoposte, nella quasi totalità dei casi, a regole speciali, a seguito della loro alienazione entrano in un sistema economico, quello comunitario, caratterizzato, pur se con alcune limitazioni, dal libero agire delle forze di mercato. In questo senso assumerà rilevanza la normativa concernente gli aiuti di Stato e la sua applicazione alle erogazioni effettuate nel periodo immediatamente precedente l'alienazione. A conclusioni ben diverse si giungerà, infatti, a seconda che lo Stato agisca nella qualità di proprietario dell'impresa oppure in quella di soggetto pubblico che concede una forma di aiuto.

1. Le cause giustificative delle privatizzazioni

Il fenomeno delle privatizzazioni è stato determinato, in prima istanza, dalla manifesta inefficienza operativa riscontrata nei sistemi aziendali di proprietà degli Stati. Emblematico, in questo senso, è il caso italiano, in cui si è assistito all'accentuarsi di un dualismo produttivo tra il settore privato, che si è considerevolmente sviluppato, ed il settore pubblico caratterizzato, al con-

la migliore erogazione di determinati servizi potesse aver luogo esclusivamente se effettuata da aziende controllate e gestite dalle autorità statali, senza dover ricorrere alle procedure di selezione competitiva proprie dei mercati concorrenziali. Sui servizi d'interesse economico generale cfr. da ultimo G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2008.

trario, da una costante regressione³. Le cessioni delle imprese statali hanno risposto, così, all'avvertita esigenza di delegare la gestione di attività aventi per oggetto obiettivi e finalità d'interesse generale a soggetti privati maggiormente dinamici e meglio organizzati⁴.

Osservate in un altro contesto, le privatizzazioni rappresentano la naturale conseguenza dei rapidi progressi tecnologici che hanno caratterizzato i settori secondario e terziario dell'economia. Rilevante è il comparto dell'erogazione dei servizi pubblici che implica la presenza di una rete ad essa preposta. Questi due elementi, in passato, erano gestiti secondo il modello microeconomico del monopolio naturale. Attualmente, invece, risulta possibile procedere alla loro scissione⁵. Si rivela, dunque, praticabile la soluzione gestionale che prevede l'utilizzo di una determinata struttura di distribuzione da parte di più soggetti. Si perviene, in tal modo, alla possibilità che lo Stato si riservi la gestione, costantemente monopolistica, di siffatta struttura, affidando l'erogazione dei servizi ad imprese private che opererebbero, necessariamente, in regime di concorrenza. Le relative tariffe si ridurrebbero a beneficio di coloro che fruiscono di tali servizi⁶. La scissione illustrata è stata imposta da normative comunitarie in diversi settori come le ferrovie⁷, il mercato interno del-

³ F. CAPELLI, *L'euro nell'ordinamento dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, p. 57 ss.

⁴ L. MARINI, *Privatizzazione e liberalizzazione*, cit. supra, nota 2, p. 168, afferma che la gestione diretta dei sistemi produttivi da parte degli Stati ha manifestato una profonda inadeguatezza funzionale a seguito della crescente globalizzazione dell'economia. La diffusa e marcata insoddisfazione circa l'operato delle imprese pubbliche ha richiesto una considerevole riduzione della presenza degli Stati nei processi di produzione e scambio di beni e servizi nonché una razionalizzazione delle loro attività, al fine precipuo di accrescere l'efficienza complessiva dei sistemi economici nazionali. In tale ambito i processi di privatizzazione hanno conosciuto un rapido sviluppo. La soluzione che essi hanno offerto, tuttavia, non è consistita nella mera ridefinizione degli assetti proprietari dei complessi aziendali ma, soprattutto, ha condotto all'elaborazione di regole intese a favorire, all'interno di un nuovo contesto competitivo, la migliore allocazione dei fattori produttivi, in base al principio della parità di trattamento tra operatori pubblici e privati.

⁵ A. MACCHIATI - A. CESARINI - A. MALLUS - M. MASSIMIANO, *Concorrenza e privatizzazione nel settore ferroviario in Europa*, in *Merc. conc. e reg.*, 2007, p. 14, individuano tre tipologie di separazione. Nella prima fattispecie, definita funzionale, l'impresa preserva la sua unitarietà ma non la gestione che, evidentemente, ha luogo disgiuntamente. Nella seconda, denominata legale, l'azienda che eroga il servizio è separata da quella che gestisce l'infrastruttura ma, tra di esse, permane un legame di carattere proprietario. Nella terza, individuata col termine proprietaria, tra le due imprese non sussistono relazioni di controllo di alcun genere.

⁶ In senso contrario vedi H. CREMER - P. DE DONDER, *Legal vs Ownership Unbundling in Network Industries*, in *CEPR Discussion Paper*, 2006, n. 5767. Gli effetti della separazione della rete dai servizi, valutati in termini di benessere per i loro utilizzatori, sarebbero in realtà minimi. La motivazione di tale orientamento risiede nelle strategie aziendali degli Stati. Essi contrarrebbero gli investimenti di loro competenza nella rete reputando, esclusivamente, quelli nell'erogazione dei servizi, a carico delle imprese private, suscettibili di migliorare le prestazioni da offrire ai cittadini. Per le conseguenze ed i rischi del mutamento del ruolo degli Stati nell'economia domestica a seguito della scissione in oggetto cfr. D. N. TRIANTAFYLLOU, *De la libéralisation à la régulation des marchés*, RDUE, 2007, p. 653 ss.

⁷ Regolamento n. 1371/2007/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, che abroga i regolamenti del Consiglio n. 1169/69/Cee e n. 1107/70/Cee; direttiva n. 2007/58/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva n. 91/440/Cee del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e

l'energia elettrica⁸, del gas naturale⁹ e delle telecomunicazioni¹⁰.

La seconda causa delle privatizzazioni delle imprese pubbliche va ricercata nell'azione propulsiva svolta dall'Unione europea a mezzo di due fattori determinanti.

Il primo è rappresentato dall'imposizione, in ossequio allo spirito dei Trattati, dell'integrazione dei mercati come condizione preliminare e necessaria all'integrazione degli Stati. Conseguentemente, la tutela della concorrenza ha assunto un ruolo di primo piano a detrimento dei diritti speciali o esclusivi e degli aiuti di Stato, i cui ambiti operativi sono stati ridotti al minimo.

Il secondo fattore è individuato nell'affermazione del divieto di discriminazioni che ha richiesto un eguale trattamento delle attività economiche pubbliche e di quelle private, nonché una standardizzazione degli istituti connessi alla gestione aziendale di tipo privatistico. L'area del diritto speciale che si applica alle imprese pubbliche è stata notevolmente ridotta, contribuendo, implicitamente, a ridimensionare le cause che davano luogo, in passato, all'istituzione delle stesse¹¹.

Le privatizzazioni, infine, hanno rappresentato la risposta, a seconda dei casi, totale o parziale, all'esigenza fondamentale di finanziamento del bilan-

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 relativa alla certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario della Comunità, in *Gu-Ue* n. L 315 del 3 dicembre 2007, p. 1. L'insieme di tali normative costituisce quello che comunemente si definisce terzo pacchetto ferroviario. Cfr. L. LANUCARA, *Il contesto normativo comunitario nel settore ferroviario a seguito dell'approvazione del terzo pacchetto ferroviario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 825; I. PICCIANO, *I confini interpretativi della dottrina dell'essential facility e sua applicazione al mercato del trasporto ferroviario in Italia: problemi e limiti*, in questa *Rivista*, 2004, p. 387; G. STEFANI, *Proprietà e gestione delle ferrovie dello Stato nella prospettiva del mercato unico europeo*, in questa *Rivista*, 1991, p. 413.

⁸ Direttiva n. 2003/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, che abroga la direttiva n. 96/92/Ce, in *Gu-Ue* n. L 176 del 15 luglio 2003, p. 37.

⁹ Direttiva n. 2003/55/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, che abroga la direttiva n. 98/30/Ce, in *Gu-Ue* n. L 176 del 15 luglio 2003, p. 57.

¹⁰ Direttiva n. 90/387/Cee del Consiglio sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (*Open Network Provision - ONP*); direttiva n. 90/388/Cee della Commissione relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni, in *Guce* n. L 192 del 24 settembre 1990, p. 1; direttiva n. 92/44/Cee del Consiglio sull'applicazione della fornitura di una rete aperta (*Open Network Provision - ONP*) alle linee affittate, in *Guce* n. L 165 del 19 giugno 1992, p. 27.

¹¹ M. T. CIRENEI, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Dir. comm. int.*, 1996, p. 824, osserva come le discipline interne relative alle imprese pubbliche contribuiscano a diversificare il già frammentato assetto dei diritti societari nazionali attraverso una più o meno arbitraria frantumazione degli istituti di diritto comune. Numerosi sono i rischi derivanti dalla creazione e dalla conservazione per le iniziative economiche statali di modelli organizzativi di collocazione e qualificazione alquanto incerti. Per esempio, gli statuti di diritto speciale potrebbero rappresentare, in una prospettiva comunitaria, lo strumento attraverso cui gli interventi pubblici nell'economia si rivelerebbero distorsivi della concorrenza e delle libertà fondamentali tutelate dal Trattato Ce.

cio dello Stato, particolarmente avvertita in Italia e Grecia. Anche in tale contesto, l'Unione europea ha svolto un ruolo propulsivo. Essa, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, ha vincolato gli Stati membri al rispetto di determinati parametri in relazione ai *deficit* budgetari, all'entità del debito pubblico ed al tasso d'inflazione. I Governi nazionali sono stati obbligati a ridurre le spese ed a ricorrere al capitale privato per finanziare talune attività che in precedenza erano gestite da soggetti pubblici. Essi hanno dovuto esimersi dall'esercitare un ruolo attivo nella gestione di determinate imprese la cui titolarità aveva richiesto, oltre ai capitali iniziali per la costituzione, anche ingenti investimenti supplementari.

L'individuazione del fabbisogno del tesoro come fattore originario del processo di alienazione implica il riconoscimento di un'ulteriore causa giustificativa del processo medesimo. Trattasi della presenza di quella particolare forma di Stato definita «sociale» e, soprattutto, della ben più importante circostanza della diffusione dell'idea che essa abbia conosciuto la sua fase discendente. Tale considerazione trova fondamento nella riscontrata volontà delle autorità politiche di ridimensionare l'intervento dei pubblici poteri, particolarmente in ambito economico, in quanto le attività esercitate dalle aziende statali non erano propriamente amministrative e non venivano sempre esercitate al fine di perseguire un interesse di carattere generale e meritevole di tutela¹².

Il verificarsi contemporaneo della dismissione di determinate imprese pubbliche, della riduzione degli interventi delle amministrazioni statali e del ritorno all'utilizzo di strumenti ed istituti privatistici, rappresenta la risposta ai constatati elementi di disfunzione del modello di Stato sociale. Il rapido sviluppo del processo di privatizzazione deriva dalla necessità di superare tale modello e dalla univoca volontà politica di tornare ad applicare i criteri neo-liberisti di regolazione dell'economia. Analizzato in questa direzione, il processo di alienazione delle imprese pubbliche risulta essere, da una parte, l'effetto naturale della transizione verso una forma di Stato diversa da quella testé descritta e, dall'altra, lo strumento per un ulteriore stimolo alle alienazioni medesime.

Occorre sottolineare che all'origine dei processi di privatizzazione delle imprese pubbliche non vi è stata, se non in rare occasioni, un'unica causa giu-

¹² Se si esclude il Regno Unito, la circostanza che negli ordinamenti in cui i processi di privatizzazione sono stati ampiamente diffusi viga una Costituzione connotata dalla forma dello Stato sociale è un dato di immediata rilevazione. Altrettanto diffusa, inoltre, è la consapevolezza che tale modello si trovi in una fase di profonda crisi. Quest'ultima ha condotto all'arresto e quindi all'inversione del fenomeno di intensa «amministrativizzazione» di larghi settori dei sistemi economici nazionali che hanno caratterizzato tutti gli ordinamenti statali europei nell'arco degli ultimi venticinque anni. La diffusione, di ampia portata, dei processi di privatizzazione in ambito comunitario appare riconducibile, più propriamente, alla "regressione" del diritto amministrativo derivante dalle modificazioni della forma di Stato sociale cui si accompagna, quale logico corollario, il fenomeno delle alienazioni delle imprese pubbliche. In questo senso, A. M. NICO, *Concordanze e dissonanze nei processi di privatizzazione nei paesi dell'Unione europea: il caso spagnolo e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 1281 ss.

stificativa tra quelle poc' anzi esaminate. Generalmente, essi sono stati determinati dall'interazione di molteplici elementi. Le decisioni dei Governi nazionali circa l'opportunità di alienare determinate aziende statali sono state ponderate, sicuramente, sulla base di motivazioni di ordine giuridico o economico ma, soprattutto, in considerazione di valutazioni di carattere politico. Sovente, solo al termine di un'analisi che ha riguardato tale particolare aspetto, oltre che una valutazione di merito sui risultati da raggiungere, le scelte concernenti le cessioni sono state compiute o, al contrario, abbandonate.

L'eterogeneità delle cause giustificative delle alienazioni delle imprese pubbliche ha originato una molteplicità di tipologie attuative delle stesse. In questa sede è indispensabile soffermarsi sulla distinzione tra privatizzazioni formali e sostanziali. Per mezzo delle prime, le aziende statali sono trasformate in società di capitali le cui quote sociali non vengono collocate sul mercato finanziario ma sono direttamente assegnate agli enti pubblici ai quali, precedentemente, facevano riferimento. Tale modalità di alienazione incide sui soli profili soggettivi e formali della proprietà, che rimane saldamente in capo agli Stati, lasciando immutata la regolazione dell'attività degli operatori economici interessati¹³.

Il passaggio dalla privatizzazione formale a quella sostanziale ha luogo con il trasferimento delle azioni delle costituite società di capitali a soggetti privati. Generalmente, siffatto trasferimento avviene attraverso offerta pubblica di vendita oppure mediante trattativa diretta. Entrambe le modalità richiedono, necessariamente, il collocamento sul mercato dei titoli e la contrattazione degli stessi per mezzo di procedure privatistiche.

A tale proposito rileva la distinzione delle imprese pubbliche, operata anteriormente alle alienazioni delle stesse, in tre categorie:

- aziende in diretta proprietà dello Stato, definite anche imprese organo;
- enti pubblici economici di partecipazione, organizzati in forma di *holding*;

¹³ A. MAZZONI, *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 37, è fortemente critico nei confronti di questa differenziazione: «Se la c.d. privatizzazione formale non è che l'anticamera di una programmata ed immancabile privatizzazione sostanziale, cioè di una genuina e tendenzialmente irreversibile dismissione della proprietà e del controllo a favore di privati, è inevitabile e vorrei dire doveroso che emergano sospetti e ragioni di forte critica, vuoi sul piano del merito vuoi, quanto meno, su quello dell'onestà intellettuale o del rispetto con cui si debbono maneggiare nozioni fondamentali del linguaggio giuridico. Ed invero, delle due l'una: o si conclude che si è di fronte ad una indecorosa farsa (se ci si convince che la motivazione di fondo della privatizzazione formale dei grandi enti di gestione è solo gattopardesca) ovvero si può anche accedere, con beneficio d'inventario, a un diverso e più cauto giudizio, ravvisando nella "trasformazione" da ente di gestione in s.p.a. il segno di una possibile svolta nel processo di riordino del modo giuridico-tecnico di operare dello Stato-imprenditore; ma allora, pur non potendosi certamente condannare *a priori* un siffatto proposito, è comunque da condannare *a priori*, per la sua intrinseca decettività, l'uso di un termine (privatizzazione) per designare un'operazione, il cui senso (rivitalizzazione del ruolo dello Stato imprenditore) è diametralmente opposto a quello evocato dal termine medesimo nell'accezione comune (riduzione del ruolo ed area dell'attività economica pubblica e correlativa espansione o riespansione di quella privata)».

- società finanziarie poste sotto il controllo delle *holding*.

Nell'ipotesi di cessione delle imprese organo si è parlato di dismissioni di primo livello, mentre negli altri due casi di dismissioni di secondo livello. Tale differenziazione manifesta tutta la sua importanza e rappresenta un elemento imprescindibile d'analisi qualora si evidenzi la relazione intercorrente tra la necessità dei Governi nazionali di risanare i conti pubblici, nel rispetto del Patto di stabilità, e le privatizzazioni sostanziali. Delle dismissioni di primo livello hanno beneficiato direttamente i bilanci degli Stati membri, con un'incidenza immediata sui relativi capitoli di entrata ed un relativo aumento delle attività che ha prodotto una riduzione del debito pubblico. Le dismissioni di secondo livello, invece, hanno condotto a delle mere variazioni attive – cui sono conseguite speculari variazioni negative – sui flussi di cassa, e quindi sugli stati patrimoniali, delle *holding* e delle società finanziarie, con un effetto di portata notevolmente inferiore sulla situazione dei conti nazionali.

2. Il ruolo propulsivo del diritto comunitario nelle privatizzazioni

Dopo aver analizzato i diversi fattori che hanno originato il processo di privatizzazione all'interno dell'Unione europea occorre verificare se, ed in quale misura, il diritto comunitario vi abbia contribuito¹⁴, esaminando la sua effettiva incidenza sugli ordinamenti interni¹⁵.

In prima istanza rileva l'oggettiva impossibilità di ricondurre l'evoluzione dei processi di privatizzazione all'interno degli Stati membri esclusivamente alla mera incidenza del diritto comunitario, a causa degli intrinseci limiti in relazione all'efficacia unificante da cui esso è caratterizzato. A tale proposito si osserva come l'unificazione del diritto non risulti ascritta tra gli obiettivi primari dell'Unione europea. Essa, infatti, non è esplicitamente men-

¹⁴ Su questo tema si veda P. MANZINI, *Note sulle «relazioni pericolose» tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 502 ss.

¹⁵ La disamina che si propone verte, sostanzialmente, su tale aspetto e non su quello, altrettanto importante, della circolazione dei modelli giuridici tra gli Stati membri che, manifestando natura essenzialmente comparatistica esula dall'ambito di analisi. Appare, tuttavia, opportuno procedere ad alcune brevi considerazioni in relazione a tale ultimo aspetto. Nell'Unione europea si assiste ad una forma di circolazione dei modelli giuridici definibile come auto-impositiva. Essa, in particolare si compone di due fasi. La prima è caratterizzata dalla libera scelta degli Stati di aderire all'Unione entrando, così, a far parte di un nuovo sistema giuridico. La seconda, invece, si sostanzia nel vincolo dell'accettazione delle regole derivanti dall'adesione. I modelli giuridici comunitari vengono, quindi, imposti negli ordinamenti interni nei quali, inevitabilmente, producono degli effetti. In relazione alla privatizzazione delle imprese statali M. CAMMELLI, *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, p. 1177, osserva come l'opzione circa la gestione di determinate aziende secondo forme pubbliche o di diritto comune debba essere effettuata, essenzialmente, in relazione al ruolo dello Stato nell'economia, ai rapporti con gli altri operatori ed al sistema economico, sia domestico che internazionale. Tale scelta, quindi, non deve essere effettuata in base a meccanismi di assimilazione dei modelli giuridici i quali, per natura, finirebbero per provocare, quasi esclusivamente, gravi alterazioni sul piano della tutela giurisdizionale.

zionata in alcun atto comunitario, al contrario dei processi, di minore entità, di ravvicinamento, coordinamento ed armonizzazione delle legislazioni nazionali che sono espressamente perseguiti¹⁶.

I processi di privatizzazione seguiti negli Stati membri non costituiscono il riflesso dogmatico di fenomeni di unificazione giuridica in materia, generati dall'appartenenza degli Stati medesimi all'Unione europea. Il diritto comunitario non ha offerto, al riguardo, un puntuale indirizzo sulle alienazioni consacrato da un espresso dato normativo¹⁷. L'art. 295 TCE, infatti, «lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Questi ultimi, quindi, possono acquisire, gestire ed alienare un'impresa alle medesime condizioni previste per gli operatori privati, con l'unico limite di non violare le norme di diritto comunitario suscettibili di trovare applicazione al caso di specie¹⁸. Al contrario, proprio la mancanza di una direttiva in tal senso induce a non poter escludere, attualmente, un'inversione di tendenza in merito, poiché sono rimasti invariati i relativi precetti negli ordinamenti interni.

Si può, quindi, concludere che le privatizzazioni non rappresentano un principio saldamente acquisito a livello comunitario. Le politiche di dismis-

¹⁶ Secondo A. M. NICO, *Concordanze e dissonanze*, cit. supra, nota 12, p. 1302, la condivisione di queste considerazioni generali rende priva di fondamento qualsiasi conclusione concernente l'unificazione giuridica operata dal diritto comunitario. Diversamente, l'effettiva finalità da esso perseguita consisterebbe nell'armonizzazione delle legislazioni, considerata come l'eliminazione delle più gravi incompatibilità tra di esse e che si realizzerebbe, esclusivamente, sulle linee generali della disciplina giuridica di una determinata materia. Tuttavia, procedendo ad un'analisi funzionale dell'art. 94 TCE, si può concludere che l'unificazione giuridica, ancorché non espressamente contemplata nelle fonti del diritto, deve essere considerata sicuramente come uno degli obiettivi della Comunità. Esso, infatti, attribuisce al Consiglio il compito di stabilire «direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune». In quest'ottica, l'integrazione europea non dipende, esclusivamente, dalla creazione di un ordinamento comunitario suscettibile di imporsi autoritariamente in tutti gli Stati membri. Tale ordinamento si caratterizzerebbe, anche, in relazione alle condizioni socio-economico-culturali di affinità che accomunano i medesimi Stati. In merito a tale orientamento si ritiene opportuno precisare che il processo di unificazione del diritto è ben diverso da quello del ravvicinamento delle legislazioni nazionali che, a sua volta deve essere considerato in relazione all'applicazione del principio di sussidiarietà quale precetto regolatore delle competenze comunitarie. Nel citato contributo, comunque, si afferma che l'integrazione giuridica in oggetto non si fonderebbe esclusivamente sul diritto-atto, ovvero sulle fonti normative europee, ma troverebbe le proprie origini nel diritto-dato, inteso come sommatoria tendenziale dei diritti-atti dei singoli Stati, caratterizzata da un forte elemento persuasivo. Tale diritto-dato, secondo A. PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 5 ss., potrebbe rappresentare la sintesi di «sistemi giuridici che hanno elementi e formanti comuni ricavabili da enunciati che sono di diritto positivo dei singoli Stati, che producono disposizioni e norme, tanto da far parlare di diritto comune europeo, non già prodotti da enti europei metastatali rispetto agli stati europei». Esso, infine, consentirebbe agli organi comunitari di imporre un sistema normativo integrabile negli ordinamenti degli Stati membri senza suscitare problemi di recepimento.

¹⁷ C. D. EHLERMANN, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, CMLR, 1992, p. 258 ss., rileva la mancanza, e per converso, la necessità, di una disciplina che conferisca un assetto stabile alla materia delle privatizzazioni delle imprese pubbliche.

¹⁸ Per una più ampia disamina della norma in oggetto cfr. W. DEVROE, *Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy*, CMLR, 1997, p. 267 ss.; A. VERHOEVEN, *Privatisation and EC Law: Is the European Commission "Neutral" with Respect to Public versus Private Ownership of Companies?*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1996, p. 861 ss.

sione dell'imprenditoria pubblica non trovano la loro immediata genesi nella volontà di attuare, in modo concreto, il precetto sancito dal Trattato Ce di un'economia europea di mercato sopprimendo le diversità esistenti tra impresa pubblica ed impresa privata. Esse, al contrario, traggono origine dalle particolari situazioni riconducibili ai singoli ordinamenti interni. Da questo punto di vista non può negarsi la circostanza che tra le cause e gli obiettivi delle privatizzazioni il richiamo, ancorché costante, ai principi giuridici comunitari sia comunque preceduto dalla manifestazione di particolari situazioni politiche interne o di specifici indirizzi di natura ideologica. L'esistenza, in diritto comunitario, di norme riconducibili alle specifiche esigenze di riduzione degli spazi riservati all'intervento pubblico nell'economia può essere considerata un mero fattore esterno¹⁹.

L'impossibilità di individuare quale causa determinante dell'uniforme evoluzione dei processi di privatizzazione in atto negli ordinamenti interni l'altrettanto uniforme incidenza del diritto comunitario su di essi è dovuta proprio agli intrinseci limiti, testé enunciati, di efficacia unificante di quest'ultimo. La mancanza di un dato normativo espresso che imponga le privatizzazioni di determinate imprese pubbliche non vieta di condividere quell'orientamento secondo cui il diritto comunitario le favorirebbe²⁰. Esso conterrebbe alcuni principi che, facendo venire meno i presupposti di esistenza o di mantenimento della proprietà statale delle imprese, indirettamente promuoverebbero le politiche in questione. Questa posizione si fonda su un argomento fondamentale che può essere esplicitato nella forma di un sillogismo.

In prima istanza, ai sensi dell'art. 86, par. 1, TCE «gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, (...)». Il principio di parità di trattamento, enunciato in tale norma, presuppone l'esistenza di identiche situazioni tra le aziende, siano esse di proprietà delle autorità governative nazionali o di soggetti giuridici privati. Inoltre, si riconosce esclusivamente la legittimità di trattamenti proporzionalmente differenziati qualora le imprese stesse siano tra loro diverse, soprattutto per quanto attiene alla natura dell'attività svolta.

In seconda istanza si osservano le differenze oggettivamente rilevabili nel confronto tra imprese pubbliche e private. Il punto di partenza è rappresentato dall'assunto secondo cui le aziende statali sono generalmente impiegate come

¹⁹ V., comunque, per una diversa interpretazione delle disposizioni comunitarie, F. CAPELLI, *Controllo dei prezzi e normativa comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 122 ss.

²⁰ Per esempio, M. T. CIRENEI, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza*, cit. *supra*, nota 11, p. 777, afferma che dal rapporto tra gli Stati e le loro imprese emerge la possibilità di celare, sotto forma di interventi della proprietà, quegli interventi statali, intesi come provvedimenti degli Stati in qualità di poteri pubblici, che si rivelano distorsivi della concorrenza e quindi contrari al Trattato Ce.

strumento di politica economica e che, a causa della funzione che svolgono, deviano dai canoni imprenditoriali descritti dalle normative interne per le aziende private e che sono valide anche per l'ordinamento comunitario. Da tale considerazione si potrebbe dedurre la conclusione del sillogismo: l'esigenza, intrinseca, di una disciplina differenziata per le imprese pubbliche che sono impiegate come strumento delle politiche economiche degli organi di governo.

Di meno diretta intuizione è la conclusione da cui sembra possibile far derivare la sostenuta propensione dell'ordinamento comunitario per le privatizzazioni. La disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private implicherebbe il verificarsi di svantaggi concorrenziali per quei soggetti che svolgono anche delle attività di interesse generale. I meccanismi di mercato indurrebbero tali soggetti ad abbandonare lo svolgimento di siffatte attività, qualora non risultassero remunerative, limitandosi ad assicurare per altra via la realizzazione delle finalità di rilievo collettivo come, ad esempio, la regolamentazione, in luogo di un impegno diretto di carattere imprenditoriale²¹.

Da questo punto di vista si osserva come la liberalizzazione di determinati settori dell'economia implichi il venir meno di una delle tradizionali giustificazioni dell'esistenza dell'impresa pubblica. La logica conseguenza di ciò dovrebbe essere il ridimensionamento della presenza degli esecutivi all'interno dei settori interessati come anche all'interno delle aziende già in posizione di monopolio. Sostanzialmente, il rinnovato contesto economico concorrenziale di matrice comunitaria ha reso, a seconda dei casi, preferibile o inevitabile l'arretramento delle autorità di Governo dalla gestione diretta di particolari attività economiche. Esso, di conseguenza, ha rivelato la sua natura di implicito e sotteso incentivo alle privatizzazioni.

A sostegno di questa tesi si può citare la giurisprudenza comunitaria in materia di monopoli nazionali²². La Corte ha condannato il cumulo della funzione di regolazione e della posizione dominante in capo a determinate aziende statali. Tale orientamento ha tratto origine dalla constatazione che l'assom-

²¹ S. M. CARBONE, *Brevi note in tema di privatizzazioni e di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 240, osserva come il diritto comunitario abbia imposto la distinzione del ruolo degli Stati-azionisti delle imprese, che devono operare secondo prospettive di redditività, da quello degli Stati-regolatori delle attività economiche rilevanti ai fini della tutela degli interessi nazionali. Tale imposizione ha condotto allo sviluppo del processo di privatizzazione ed al ridimensionamento dei poteri pubblici la cui azione è divenuta più efficiente, razionale ed organizzata. Si verifica, così, un'apertura dei mercati domestici alla concorrenza che diviene, contemporaneamente, il regime dei mercati stessi ed uno strumento di regolazione dell'economia. In questo senso si considera determinante la capacità, propria dei sistemi normativi nazionali di governo delle variabili economiche, di impiegare le competenze che sono riconosciute loro dall'ordinamento comunitario al fine di soddisfare le esigenze di disequilibrio generate dalle mutazioni industriali, tecnologiche e produttive degli ultimi anni.

²² A titolo esemplificativo cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1987 in causa n. 118/85, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1987, p. 2599 e in questa *Rivista*, 1988, p. 95 con commento di F. MENEGAZZI, *Osservazioni in tema di trasparenza nei finanziamenti statali alle imprese pubbliche*, p. 99.

mare il ruolo di regolatore e regolato potrebbe indurre l'impresa ad abusi, non indispensabili, del potere di mercato turbando il libero agire delle forze all'interno del mercato stesso²³. Per le imprese pubbliche, la cui attività è stata tradizionalmente protetta dall'esistenza dei monopoli legali, è venuta meno, quindi, la loro essenziale fonte di sopravvivenza.

Un tempo si riteneva che la gestione dell'impresa da parte delle pubbliche autorità consentisse di individuare immediatamente e senza meccanismi economici di selezione concorrenziale il migliore gestore del servizio per la collettività. Tale presupposto, sulla cui base si considerava inutile bandire una gara per l'affidamento del servizio, non risulta più legittimo. Teoricamente, qualsiasi impresa, indipendentemente dal soggetto che ne è proprietario, è suscettibile di rappresentare il migliore gestore del servizio medesimo. L'individuazione di quest'ultimo può aver luogo esclusivamente attraverso una gara organizzata secondo i criteri di efficienza ed economicità²⁴.

A queste condizioni, il nuovo rischio imprenditoriale per le aziende pubbliche è esattamente uguale a quello cui sono sottoposti gli operatori privati che agiscono nel mercato. Anzi, come si è avuto modo di specificare, il diritto comunitario tende ad assicurare l'effettiva parità concorrenziale tra tutte le imprese. Quindi, l'eliminazione degli indiscutibili privilegi di cui godevano le aziende pubbliche pone gli enti statali di fronte ad un rischio imprenditoriale che, pur se ordinario, risulta comunque di gran lunga superiore a quello precedente.

L'esclusività della gestione di determinate attività o la presenza di particolari condizioni derogatorie alle regole di mercato è ammissibile solo ove risulti indispensabile la gestione monopolistica della domanda o, per converso, la struttura monopolistica dell'offerta. Tale peculiare esigenza emerge in special modo in quei sistemi economici già naturalmente rigidi a causa dell'esistenza di rendimenti di scala di tipo infrastrutturale o per la insufficiente capacità della domanda di interagire secondo gli ordinari canoni operativi. Laddove tali esigenze non siano manifeste, il diritto comunitario impone di limitare al minimo indispensabile gli ostacoli alla libertà d'impresa.

Nei mercati concorrenziali e in quelli liberalizzati gli obblighi di servizio pubblico possono essere adempiuti da una pluralità di aziende, pubbliche e private, in competizione tra loro, che avrebbero titolo a svolgere la loro attività in virtù di semplici autorizzazioni. La rinnovata organizzazione concorrenziale dell'erogazione dei servizi pubblici rende le autorità statali meno propense ad assumersi i relativi rischi gestionali. L'ordinamento comunitario, attraverso l'istituto della gara di appalto, assicura alla collettività l'efficienza di tale erogazione da parte di operatori privati. L'attuale modello operativo del

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1994 in causa n. C-364/92, *Sat Fluggeselschaft MBH*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 43.

²⁴ Sul punto v. F. CAPELLI, *Concorrenza e appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 1999, p. 799 ss.

sistema economico, inoltre, conferisce ai poteri statali il ruolo di soggetti regolatori per mezzo dell'istituzione di autorità garanti ed indipendenti, piuttosto che quello di titolari dell'iniziativa imprenditoriale²⁵.

Il mercato unico europeo impone alle aziende pubbliche, al pari di quelle private, di auto-finanziarsi con i proventi ricavati dallo svolgimento delle proprie attività, nel rispetto del fondamentale principio di economicità, che rappresenta il parametro di valutazione dell'eguaglianza tra le imprese. Tuttavia, l'art. 295 TCE, interpretato sulla scorta del principio di sussidiarietà, sembrerebbe contraddire tale osservazione. L'ordinamento comunitario è, infatti, neutrale rispetto ai regimi interni della proprietà dei beni e dei mezzi di produzione. Peraltro, l'assenza di una competenza esclusiva al riguardo da parte della Comunità rende il suo intervento legittimo solo in presenza di evidenti inadeguatezze degli ordinamenti interni²⁶.

Sulla base di tali considerazioni si afferma che il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche non ha tratto origine dalla volontà degli Stati membri ma, al contrario, è stato il risultato di una vera e propria imposizione operata dall'Unione europea. Il diritto comunitario, in molte circostanze, ha controllato pedissequamente anche le modalità ed i tempi di realizzazione, offrendo indicazioni assai dettagliate circa le garanzie necessarie per rilevare le imprese medesime. L'obiettivo da raggiungere, evidentemente, era quello di ottenere trasparenza ed effettività del confronto concorrenziale tra i potenziali acquirenti.

L'ottenimento di tale risultato deve, comunque, essere contestualizzato in relazione alle rinnovate finalità di ordine sociale che l'Unione europea si è data con i Trattati di Maastricht e di Amsterdam. Alla promozione di un alto grado di competitività delle imprese fondato sui principi di libera concorrenza deve contrapporsi, come limite di operatività, la necessaria coesistenza degli obiettivi di progresso sociale e di elevato livello di occupazione che acquisiscono una loro autonoma rilevanza e per il raggiungimento dei quali è stata introdotta una specifica legittimazione di fonte primaria. Al riguardo, risulta significativa la particolare valenza assegnata ai servizi di interesse economico generale che vengono annoverati, dall'art. 16 TCE, tra i valori comuni del-

²⁵ A. PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni*, cit. supra, nota 2, p. 330.

²⁶ Il secondo comma dell'art. 5 TCE afferma che: «nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario». La letteratura, in merito a tale principio, è vastissima. In questa sede occorre semplicemente rilevare, come fa, su tutti, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 19, che esso ha assunto un'importanza fondamentale nella struttura delle fonti primarie comunitarie, costituendo il punto di riferimento imprescindibile nell'analisi dei rapporti tra la Comunità e gli Stati e, quindi, anche in materia di privatizzazioni delle imprese pubbliche.

l'Unione di cui si riconosce il ruolo essenziale nella promozione della coesione sociale e territoriale²⁷.

3. L'incidenza delle libertà comunitarie di stabilimento e di circolazione dei capitali sui processi di privatizzazione

Le privatizzazioni sono influenzate dai principi di libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali²⁸. Questo vuol dire che ogni alienazione delle imprese pubbliche deve essere compatibile con i medesimi principi.

Il Trattato Ce riconosce pienamente il diritto di stabilimento alle persone giuridiche²⁹. A tale proposito, l'art. 44, n. 2, lett. g., attribuisce al Consiglio ed

²⁷ L'art. 16 TCE afferma che: «(...) in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti».

²⁸ In relazione al diritto di stabilimento, tra i contributi dottrinali di maggiore rilevanza v. M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 569 ss.; M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Manuale di diritto dell'Unione europea - Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2006; G. CONTALDI, *Artt. 43 - 48 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004; V. SALVATORE, *Art. 43 - 55 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001; J. SNELL, *Goods and Services in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002; L. WOODS, *Free Movements of Goods and Services within the European Community*, Aldershot, Ashgate, 2004. Tra l'altrettanto vasta letteratura concernente la libera circolazione dei capitali v. R. BARATTA, *Circolazione dei capitali e dei pagamenti*, in G. STROZZI (a cura di), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, loc. cit.; S. FORTUNATO, *Artt. 56 - 60 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, loc. cit.; A. MALATESTA, *Artt. 56 - 60 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, loc. cit.; S. M. SEYAD, *European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU*, The Hague, Kluwer Law International, 1999; J. A. USHER, *The Law of Money and Financial Services in the European Community*, Oxford, Oxford University Press, 2000; M. VAN EMPEL - J. DALHUISEN, *Capital Markets and EC Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2001.

²⁹ Nella sentenza del 5 ottobre 2004 in causa n. C-442/02, *Caixa Bank France*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8961, punto 9, la Corte ha affermato che: «il diritto di stabilimento previsto all'art. 43, nel combinato disposto con l'art. 48 CE, è riconosciuto sia alle persone fisiche aventi la cittadinanza di uno Stato membro della Comunità, sia alle persone giuridiche ai sensi di quest'ultima disposizione. Esso comporta, fatte salve le eccezioni e le condizioni previste, l'accesso, nel territorio di un altro Stato membro, a tutte le attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e la creazione di agenzie, succursali o consociate». M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione*, cit. *supra*, nota 28, p. 572 ss., osserva che «nel riconoscere i diritti di circolazione delle società commerciali per mezzo di rinvio al regime previsto a favore dei cittadini degli Stati membri, il Trattato di Roma presuppone una analogia tra le due fattispecie. Ciò è senz'altro comprensibile, considerato che una delle funzioni della personificazione degli enti collettivi è proprio quella di "facilitare" il discorso giuridico facendone un centro autonomo di imputazione di situazioni soggettive, ma può tuttavia risultare fuorviante qualora non si tengano presenti le peculiarità del fenomeno dell'esercizio dell'attività d'impresa in forma collettiva, il diverso regolamento che questo riceve nel diritto privato degli Stati membri, ed i problemi di coordinamento tra ordinamenti che possono conseguire in situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità (...) Una questione che si pone dunque in via del tutto preliminare per consentire la messa in opera delle norme comunitarie sulle libertà di circolazione a beneficio di un fenomeno di organizzazione imprenditoriale collettiva è quella relativa alla sua stessa *esistenza* come ente societario, e cioè la

alla Commissione il compito di coordinare «nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 48, secondo comma, per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi». Le imprese statali, organizzate in forma societaria ed in corso di privatizzazione, formale o sostanziale, quindi, godono a pieno titolo della libertà di stabilimento.

I titoli di partecipazione azionaria, compresi quelli delle società privatizzate, sulla base della nomenclatura allegata alla direttiva n. 88/361/Cee³⁰ e di una consolidata giurisprudenza comunitaria, rientrano nella nozione di capitali ai quali l'art. 56 TCE garantisce libertà di circolazione³¹. Quest'ultima, pur rappresentando autonomamente un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario costituisce, allo stesso tempo, una condizione per l'esercizio effettivo di altre libertà garantite dal Trattato Ce ed in particolare quella di stabilimento³².

Attraverso gli artt. 43 e 56 TCE il diritto comunitario incoraggia e tutela l'effettiva partecipazione delle persone fisiche e giuridiche di cittadinanza europea ai processi di privatizzazione in via di realizzazione all'interno degli Stati membri. A queste conclusioni si giunge, in maniera immediata, per mezzo del Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento³³ e della summenzionata direttiva n. 88/361/Cee. Dalla loro analisi congiunta si evince, infatti, come le disposizioni nazionali che disciplinano l'esecuzione delle politiche di privatizzazione non possano contenere, a pena di violazione del diritto comunitario, alcuna disposizione suscettibile di

verifica: da un lato, che in un dato ordinamento si sia realizzato a fronte di tale fenomeno quel particolare fatto di produzione giuridica che è la costituzione, ad esito di procedimenti più o meno formalizzati o anche dell'operare automatico di norme generali e astratte, di una società commerciale; dall'altro, che l'ente così creato sia poi in astratto qualificato come soggetto di diritto nell'intero spazio giuridico comunitario, e cioè nell'ambiente pluri-ordinamentale in cui tali libertà vengono ad essere esercitate».

³⁰ In *Guce* n. L 178 dell'8 luglio 1988, p. 5.

³¹ Nella sentenza del 31 gennaio 1984 in cause riunite n. 286/82 e n. 26/83, *Carbone*, in *Raccolta*, 1984, p. 377, punto 21, la Corte ha affermato che: «i movimenti di capitali sono operazioni finanziarie che riguardano essenzialmente la collocazione o l'investimento dell'importo di cui trattasi (...); v. la sentenza anche in questa *Rivista*, 1984, p. 465 con commento di P. GRASSI, *Consolidamento della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e diritto valutario nazionale*, p. 481 ss. Nella sentenza del 26 marzo 2009 in causa n. C-326/07, *Commissione c. Italia*, *inedita*, punto 35, la Corte ha precisato che: «Rientrano nelle disposizioni di cui all'art. 56 CE, relativo alla libera circolazione dei capitali, segnatamente, gli investimenti diretti, vale a dire gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche e aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica. Tale obiettivo presuppone che le azioni detenute dall'azionista conferiscano a quest'ultimo la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo».

³² Nella sentenza dell'11 novembre 1981 in causa n. 203/80, *Casati*, in *Raccolta*, 1981, p. 2595, punto 8, e in questa *Rivista*, 1982, p. 483, la Corte ha constatato che: «la libertà di taluni movimenti di capitali costituisce, in pratica, una condizione per l'esercizio effettivo di altre libertà garantite dal Trattato, in particolare del diritto di stabilimento».

³³ In *Guce* n. 2 del 15 gennaio 1962, p. 36.

dare luogo ad una discriminazione tra gli operatori economici dello Stato alienante e quelli degli altri Paesi membri³⁴.

Un ruolo fondamentale in materia è stato svolto dalla Corte di giustizia. Essa, in diverse sentenze, ha constatato l'illegittimità delle disposizioni interne che limitavano, a determinati valori percentuali, le quote di partecipazione al capitale sociale delle società privatizzate da parte di investitori stranieri³⁵. Le normative che disciplinano la privatizzazione delle imprese pubbliche, quindi, non devono ammettere alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità dei soggetti candidati all'acquisto delle azioni o dei beni delle aziende dismesse.

A tale riguardo è fatto obbligo agli Stati membri di applicare la regola del trattamento nazionale nei confronti dei cittadini degli altri Stati membri che abbiano investito nel capitale sociale delle società comunitarie³⁶. La Corte di giustizia è intervenuta nel confermare l'obbligo imposto agli Stati membri di assicurare uguale trattamento alle persone, fisiche e giuridiche, comunitarie. Essa ha precisato che sono vietate, oltre alle discriminazioni palesi, ossia quelle fondate sulla nazionalità, tutte le altre forme, finanche dissimulate, di trattamento discriminante, le quali, attraverso l'applicazione di criteri strumentali conducano effettivamente al medesimo risultato³⁷. Qualsiasi limita-

³⁴ Sulla nozione di discriminazione v. M. V. BENEDETTELLI, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Padova, Cedam, 1989. Nel caso di specie cfr. p. 254-255, in cui si afferma che: «Ispirandosi dichiaratamente ad un'ideologia liberista», l'ordinamento comunitario reagisce negativamente a qualsiasi esercizio di potere normativo, pubblico o anche privato, che alteri la dinamica spontanea del mercato, in quanto presume l'inefficienza della distribuzione delle risorse che ne è l'effetto, e dunque l'ingiustizia della "espropriazione di utilità" a danno di certe categorie e a vantaggio di altre che in tal modo si produce. Una presunzione, questa, che poi ammetterà sempre la prova contraria, giacché l'ordinamento aderisce ad una nozione "matura" di liberismo economico, e ragiona quindi non in termini di assoluto "laissez-faire" ma piuttosto di concorrenza "sana" o "regolare", facendo perciò salva la legittimità di atti o comportamenti normativi con questa compatibili, se non addirittura necessari per mantenerne o restaurarne le condizioni. Si potrebbe qui osservare che, in senso lato, discriminazioni "economiche" di questo genere dovrebbero essere considerate anche quelle fondate sulla nazionalità o quelle derivanti dal frazionamento normativo del mercato comune, in quanto il valore di giustizia distributiva protetto attraverso la loro sanzione è, per lo più, ugualmente quello della efficienza dei rapporti economici interessati dal processo integrativo; ciò che trova conferma nel fatto che talvolta questi profili tipici di discriminatorietà finiscono col sovrapporsi nell'ambito di una medesima fattispecie».

³⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 23 maggio 2000 in causa n. C-58/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3811; del 4 giugno 2002 in causa n. C-483/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4781; sentenza del 4 giugno 2002 in causa n. C-503/99, *Commissione c. Belgio*, *ivi*, p. 4809; del 4 giugno 2002 in causa n. C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, *ivi*, p. 4731; del 13 maggio 2003 in causa n. C-463/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4581, del 13 maggio 2003 in causa n. C-98/01, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4641; del 28 settembre 2006 in cause riunite n. C-282/04 e n. C-283/04, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4458; del 17 luglio 2008 in causa n. C-207/07, *Commissione c. Spagna*; *inedita*, del 26 marzo 2009 in causa n. C-326/07, *Commissione c. Italia*, *cit. supra*, nota 31.

³⁶ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008, p. 533, afferma che il contenuto della normativa che tutela la libertà di stabilimento ruota attorno al principio del trattamento nazionale. In base ad esso, ai cittadini comunitari ed alle persone giuridiche comunitarie che si stabiliscono all'interno di uno Stato membro diverso da quello di appartenenza deve essere garantito lo stesso trattamento riservato ai cittadini di quest'ultimo, vietando qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità.

³⁷ Nella sentenza del 10 marzo 1993 in causa n. C-111/91, *Commissione c. Lussemburgo*, in

zione posta all'acquisto di azioni di società privatizzate risulta incompatibile con il diritto comunitario qualora, e nella misura in cui, essa riveli un carattere discriminante³⁸. Le limitazioni illegittime si configurerebbero nella determinazione di quote massime attribuibili a cittadini di altri Stati membri che, in quanto tali, pregiudicano l'esercizio delle libertà fondamentali da parte degli investitori in ragione della loro nazionalità. Siffatte disposizioni violerebbero inevitabilmente l'art. 43, sotto il profilo del diritto di stabilimento, e l'art. 56, par. 1, sotto il profilo della libera circolazione dei capitali.

La violazione del principio di parità di trattamento può, inoltre, legittimare un'azione di risarcimento dei danni nei confronti degli Stati che hanno applicato misure discriminatorie incompatibili con il principio della libertà di stabilimento³⁹.

In alcuni casi le operazioni di privatizzazione sono condotte mediante regole mirate che, allo scopo di garantire una determinata stabilità all'assetto proprietario risultante dall'operazione di dismissione, prevedono strumenti limitativi dell'acquisizione o della disponibilità del capitale sociale dell'impresa privatizzata, come, per citare solo le figure più significative, attraverso la previsione di un nocciolo duro o il conferimento alla residua proprietà pubblica di una *golden share*⁴⁰. Nel caso in cui tali limitazioni trovino, indif-

Raccolta, 1993, I, p. 817, punto 17, la Corte precisa che l'art. 43 garantisce «il trattamento nazionale ai cittadini di uno Stato membro che intendano esercitare un'attività lavorativa autonoma in un altro Stato membro e vieta qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza che ostacoli l'accesso a tale attività o l'esercizio della stessa. Il divieto non riguarda solo le norme specifiche relative all'esercizio delle attività lavorative, ma, come si evince dal programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento anche qualsiasi impedimento alle attività lavorative autonome dei cittadini degli altri Stati membri, consistente in un trattamento discriminatorio dei cittadini degli altri Stati membri rispetto ai cittadini dello Stato di cui trattasi, previsto da disposizioni di leggi, di regolamento o amministrative o risultante dall'applicazione di tali disposizioni o da prassi amministrative».

³⁸ M.C. BOUTARDE LABARDE, *Droit communautaire et privatisation*, in *Dr. prat. comm. int.*, 1987, p. 499, osserva che anche questa norma, al pari degli altri articoli del Trattato Ce menzionati in questo paragrafo, rappresenta un'obbligazione incondizionata per gli Stati alla quale si riconosce efficacia diretta.

³⁹ Nella sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357, la Corte sottolinea che «l'obbligo degli Stati membri di risarcire tali danni trova il suo fondamento anche nell'art. 5 del Trattato, in forza del quale 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». V. la sentenza anche in questa *Rivista*, 1991, p. 81, con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i Paesi inadempienti*, 1992, p. 91 s.

⁴⁰ Con tale locuzione si indica, genericamente, la riserva attribuita ai Governi nazionali, attraverso varie e distinte modalità, di prerogative di intervento sia sulla struttura che nella gestione delle imprese privatizzate. Sull'istituto della *golden share* ci si limita a riportare alcuni tra gli studi dottrinali condotti: J. ADOLFF, *Turn of the Tide? The Golden Share Judgments of the European Court of Justice and the Liberalization of the European Capital Markets*, in *German Law Rev.*, 2002, p. 8 ss.; T. AJELLO, *Le golden shares nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e «pregiudiziale» nei confronti dei soggetti pubblici*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 813; T. BALLARINO - L. BELLODI, *Le "golden shares" nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 2 ss.; P. CAMARA, *The End of the "Golden" Age of Privatisation? The Recent ECJ Decision on Golden Share*, in *Eur. Busin. Org. Law Rev.*, 2002, p. 503 ss.; M. CAPANTINI, *Golden shares a tutela del servizio universale. Una censura di tipo più procedurale che sostanziale da parte della Corte di giustizia?*, in *Dir.*

ferentemente, applicazione nei confronti sia degli operatori economici dello Stato alienante che di quelli degli altri Stati membri non risulterebbe, apparentemente, configurabile alcuna forma di discriminazione e, conseguentemente, alcuna incompatibilità con il diritto comunitario.

In realtà, la Corte di giustizia, attraverso l'applicazione, alla materia della libera circolazione dei capitali, della teoria dell'approccio uniforme, considera legittimi i controlli comunitari sulle operazioni di privatizzazione suscettibili di ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato Ce⁴¹. Analizzate in tale contesto, infatti, non solo le misure discriminatorie ma, allo stesso tempo, quelle indistintamente applicabili, potrebbero rivelarsi in contrasto con i principi di libertà cui si informa il mercato unico⁴². Sotto questo profilo, le medesime misure sono ammissibili qualora giu-

pubbl. comp. eur., 2007, p. 423 ss.; M. CASTELLANETA, *Il sistema delle golden shares alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Studi e materiali*, 2008, IV, p. 1637; S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 861 ss.; M. DEL MAR BUSTILLO SAIZ, *Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la "doctrina" de la acción de oro*, in *Rev. der. merc.*, 2006, p. 457 ss.; E. GIPPINI FOURNIER - J.-A. RODRIGUEZ MIGUEZ, *Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: le beurre ou l'argent du beurre*, *RDUE*, 2003, p. 39 ss.; S. GOBBATO, *Golden shares ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 440 ss.; S. GRUNDMANN - F. MÖSLEIM, *Golden Shares in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects*, in *Euredia*, 2004, p. 623 ss.; L. SALERNO, *Golden shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 671 ss.; F. SANTONASTASO, *Dalla «golden share» alla «poison pill»: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 383 ss.; F. SANTONASTASO, *La saga della «golden share» tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 302 ss.; E. SZYSZCZAK, *Golden Shares and Market Governance*, in *Legal Iss. Econ. Integr.*, 2002, p. 255 ss.; N. THIRION, *Golden shares, droit des sociétés et marché intérieur*, in *Cah. dr. eur.*, 2003, p. 225 ss. Sul punto v., inoltre, OECD, *Proportionality of Security-Related Investment Instruments: a Survey of Practices*, 2008, in www.oecd.org/daf/investment/statistic.

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2003 in causa n. C-98/01, *Commissione c. Regno Unito*, cit. *supra*, nota 35, punto 41.

⁴² C. HILSON, *Discrimination in Community Free Movement Law*, in *EL Rev.*, 1999, p. 445 ss. e K. MORTELMANS, *Towards Convergence in the Application of the Rules on the Free Movement and on Competition?*, *CMLR*, 2001, p. 613 ss., affermano che per mezzo della nozione di «approccio uniforme» la Corte di giustizia è giunta, in modo progressivo, ad individuare le restrizioni alle libertà di circolazione tutelate dal Trattato Ce in base a criteri unitari. In principio, infatti, in relazione alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, erano vietate, esclusivamente, le restrizioni derivanti da misure discriminatorie. Invece, in materia di libera circolazione delle merci vigeva il divieto di ogni genere di restrizione, riguardasse, essa, provvedimenti distintamente o indistintamente applicabili. Successivamente, i giudici di Lussemburgo hanno esteso tale approccio alla totalità delle libertà comunitarie. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2002 in causa n. C-483/99, *Commissione c. Francia*, cit. *supra*, nota 35, punti 41 e 42, in cui la Corte afferma, rispettivamente, che «la normativa controversa, anche se non crea una disparità di trattamento, può impedire l'acquisizione di azioni nelle società interessate e dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'investire nel capitale di tali società. Essa può quindi, per tale ragione, vanificare la libera circolazione dei capitali». «Pertanto, si deve ritenere che la normativa controversa costituisca una restrizione ai movimenti dei capitali ai sensi dell'art. 73 B (ora art. 56) del Trattato». S. GOBBATO, *Golden shares ed approccio uniforme in materia di capitali*, cit. *supra*, nota 40, p. 438, sottolinea che l'approccio uniforme alla libera circolazione dei capitali è stato, a differenza delle altre libertà, caratterizzato da un particolare elemento contenuto nell'art. 56 TCE. Tale elemento consiste nel divieto di «tutte le restrizioni», senza riferimento alcuno al carattere discriminatorio della misura oggetto di divieto. La Corte, necessariamente, ha proceduto all'individuazione delle restrizioni vietate dall'art.

stificate dai motivi di cui all'art. 58, par. 1, TCE oppure da esigenze imperative. Esse, inoltre, nell'ambito del criterio di proporzionalità, devono garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito senza produrre effetti che esulino da quanto necessario per raggiungerlo⁴³.

Parimenti, non sembra possibile escludere la legittimità di talune limitazioni previste da diverse discipline interne in materia di proprietà di aziende che operano nel settore delle telecomunicazioni, con particolare riferimento ai mezzi di informazione. La questione assume rilevanza qualora siffatte discipline contemplino, accanto a disposizioni prive di carattere discriminatorio, almeno per quanto attiene ai diritti dei soggetti comunitari, la facoltà di concedere talune deroghe dovute alla particolarità della materia. Appare evidente, infatti, come la concreta applicazione di tali deroghe implichi l'esercizio di un delicato potere discrezionale da parte dello Stato. Si rende, quindi, necessario un controllo, da operarsi a livello comunitario, che si estenda, in maniera addirittura più incisiva, anche a questo aspetto della normativa concernente le privatizzazioni. Le eccezioni, in ogni caso, devono uniformarsi a criteri obiettivi e predeterminati e, comunque, nella fase della loro concreta attuazione, devono pienamente soddisfare il principio di proporzionalità.

4. Il rilievo del diritto comunitario in materia di concorrenza

Resta da vedere con quali modalità la normativa comunitaria sulla libera concorrenza (artt. 81-89 TCE) incida sull'attuazione delle privatizzazioni delle imprese pubbliche⁴⁴.

56 valutando l'effetto dissuasivo delle misure nazionali. Sostanzialmente, i provvedimenti statali che ostacolano lo svolgimento di attività relative alla libera circolazione dei capitali, benché indistintamente applicabili, rappresentano una restrizione contraria allo spirito del Trattato Ce. In relazione alle privatizzazioni delle imprese pubbliche occorrerebbe valutare, quindi, se le modalità mediante le quali esse avvengono influenzino le scelte degli investitori di altri Stati membri, condizionando, pertanto le dinamiche del mercato comunitario dei capitali.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2009 in causa n. C-326/07, *Commissione c. Italia*, cit. *supra*, nota 31, punto 42. Cfr. in dottrina, per quanto riguarda le banche costituite in forma di società cooperative, F. CAPELLI, *La disciplina applicabile in Italia alle banche popolari cooperative, alla luce delle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento e sulla libertà di circolazione dei capitali*, in questa Rivista, 2006, p. 643 ss.

⁴⁴ La letteratura in materia di concorrenza è vastissima. V. di recente F. AMATO, *Artt. 81 - 82 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 28; J. P. AZEVEDO - M. WALKER, *Dominance: Meaning and Measurement*, *ECLR*, 2002, p. 363 ss.; A. M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004; F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, in questa Rivista, 2008, p. 403 ss.; J. FAULL - A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2004; F. MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2000; B. J. RODGER - A. MAC CULLOCH, *Competition Law and Policy*, London, Cavendish Publishing, 2004. Per quanto attiene all'aspetto argomentato in questa sede v. A. GARDELLA, *Art. 86 TCE*, in A. TIZZANO, (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, loc. cit.; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive*

L'analisi da condurre in relazione a ciascuna operazione di cessione deve vertere, necessariamente, sia sulle regole rivolte alle imprese che su quelle destinate agli Stati membri. Infatti, la pubblica autorità per un verso rappresenta la proprietà dell'azienda, ed è sottoposta alle regole di cui agli artt. 81-86 TCE. Essa, per altro verso, dispone di quelle risorse finanziarie, di provenienza statale, che potrebbero configurare una forma di aiuto vietata ai sensi degli artt. 87-89 TCE.

Le operazioni di alienazione presentano problemi di compatibilità con il diritto comunitario principalmente in relazione agli obblighi ai quali sono sottoposti gli Stati. A tale constatazione si giunge richiamandosi, ancora una volta, alla neutralità dell'ordinamento comunitario in merito ai regimi interni di proprietà dei beni, ivi comprese le aziende, sancito dall'art. 295 TCE. Peraltro, a tale norma è sempre stata riservata un'interpretazione restrittiva anche in virtù del generale principio di parità di trattamento che in quest'accezione concerne le relazioni tra imprese pubbliche, private ed in corso di privatizzazione. L'art. 86, par. 1, TCE esplicita tale precetto. Pertanto, la disciplina citata deve applicarsi alla totalità delle imprese, prescindendo da valutazioni sul loro profilo soggettivo.

Elementi di rilievo, comunque, si ravvisano anche in relazione alle disposizioni destinate alle imprese. In generale, la disciplina ad esse applicabile è destinata ad impedire che l'apertura dei mercati nazionali, derivante dall'unione doganale, sia compromessa da attività suscettibili di isolare i mercati medesimi. Nel caso di specie essa è diretta ad evitare che un monopolio pubblico, a seguito dell'alienazione, si trasformi in un monopolio privato con conseguenze negative sull'efficienza e sull'economicità del servizio da esso erogato. Lo scopo che si persegue è quello di estendere, in modo più ampio possibile, l'area di effettiva applicazione del principio di concorrenza al fine di conseguire gli obiettivi di crescita, competitività e piena occupazione. Si osserva, peraltro, come le privatizzazioni rappresentino una delle naturali conseguenze delle dinamiche di un mercato, quello comunitario, divenuto unico ed operante proprio in regime di concorrenza.

Il trasferimento della proprietà di un'impresa dallo Stato ad uno o più soggetti giuridici privati rileva sotto il profilo dell'art. 81, par. 1, TCE ed è, quindi, suscettibile di impedire, restringere o falsare il giuoco della concorrenza all'interno del mercato comune. Tale è l'effetto che produrrebbero accordi o pratiche concordate, di cooperazione verticale e/o orizzontale, stipulati tra un'impresa privata ed una pubblica che successivamente sarà oggetto di

privatizzazione sostanziale, con la finalità di far assumere alla prima il controllo della seconda⁴⁵.

Le cessioni delle imprese pubbliche devono essere esaminate con riferimento agli abusi di posizione dominante contemplati dall'art. 82 TCE, ma soprattutto in relazione al controllo delle concentrazioni di dimensione comunitaria. Qualora tale controllo afferisca, anche parzialmente, ad imprese privatizzate, deve essere operato alla luce dei caratteristici privilegi di cui esse godevano quando erano possedute dallo Stato. Siffatti privilegi, nel corso del tempo, potrebbero essersi consolidati, generando effetti distorsivi per la concorrenza, almeno in via potenziale. Si deve procedere, quindi, ad una valutazione prospettica, soprattutto alla luce di tali elementi, dell'impatto dell'operazione sul mercato e sulla posizione del soggetto economico che di esso rappresenterà la risultante⁴⁶.

5. *Segue: Gli aiuti di Stato*

Dall'osservazione empirica delle privatizzazioni delle imprese pubbliche nell'Unione europea si evince, in modo evidente, che le stesse sono state fortemente condizionate dalla normativa comunitaria afferente gli aiuti di Stato⁴⁷.

⁴⁵ Di avviso diverso è A. TARAMASSO, *Il processo di privatizzazione e di liberalizzazione e il diritto comunitario in materia di aiuti di Stato e di concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 940-941, secondo cui «(...) sembra opportuno affermare, in via preliminare, che il trasferimento di un'impresa dalla mano pubblica alla sfera privata può difficilmente manifestare elementi rilevanti sotto il profilo dell'art. 85, par. 1, del Trattato» (divenuto ora art. 81, par. 1).

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 2005 in causa n. C-12/03 P, *Tetra Laval BV*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1113, punto 45: «l'analisi prospettica consiste nel verificare in che termini un'operazione di concentrazione potrebbe modificare i fattori che determinano lo stato della concorrenza in un determinato mercato onde accertare se ne conseguirebbe un significativo ostacolo a un'effettiva concorrenza. Tale analisi impone di ipotizzare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili».

⁴⁷ La bibliografia in materia è vastissima. V. di recente A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in G. AIANI - G. A. BENNACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, vol. VII, *La Concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, Torino, Giappichelli, 2006; A. BIONDI - P. ECKHOUT - J. FLYNN, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2003; L. DANIELE - S. AMADEO - C. SCHEPISI, *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Milano, Giuffrè, 2003; L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P. SLOT, *EC State Aids*, Londra, Sweet & Maxwell, 2006; A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di stato*, Torino, Giappichelli, 2006; J. A. WINTER, *Redefining the Notion of State Aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, *CMLR*, 2004, p. 475 ss. Per quanto attiene all'aspetto argomentato in questa sede v. E. M. APPIANO, *Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni nel diritto comunitario della concorrenza*, in questa *Rivista*, 1994, p. 317 ss.; G. F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 1221 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, p. 774 ss.; M. T. CIRENEI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale e sussidi incrociati: la Direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della "disciplina trasparenza"*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 281 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 95 ss.; Y. HOUYET, *Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2007, p. 255 ss.; M. LOTTINI,

In primo luogo si osserva come tali imprese non beneficino di alcun particolare privilegio né sia loro applicabile alcuna deroga specifica⁴⁸. Gli aiuti ad esse concessi risultano compatibili con il Trattato Ce a condizione che rientrino in una delle previsioni di cui all'art. 87, par. 3, del medesimo⁴⁹. Nell'ambito delle operazioni di alienazione, quindi, le norme in materia trovano piena ed integrale applicazione. Gli aiuti devono costituire oggetto di un puntuale ed approfondito controllo attinente alla loro compatibilità con il diritto comunitario. L'obiettivo che si intende perseguire è quello di evitare che una misura non soggetta all'esame preventivo dei Commissari europei possa rappresentare, per l'impresa privatizzata, un vantaggio rispetto alle sue concorrenti. Tale vantaggio, qualora non giustificato da ragioni obiettive, risulterebbe in evidente contrasto con il principio di tutela della libertà di concorrenza nell'Unione europea.

Il progetto di alienazione dell'impresa pubblica deve essere sottoposto all'esame delle istituzioni comunitarie allo scopo di accertare se esso contenga elementi configurabili come aiuti di Stato. La verifica della compatibilità con il diritto comunitario delle eventuali erogazioni di fondi oppure concessioni di benefici finanziari di diversa natura a favore dell'impresa da privatizzare è un'operazione da porre in essere in un momento anteriore alla sua cessione ai privati. Devono risultare parimenti compatibili le modalità di cessione suscettibili di alterare le pari opportunità dei potenziali acquirenti o comunque in grado di dare luogo ad ingiustificate situazioni di privilegio per alcuni di essi. Il criterio dell'investitore in economia di mercato⁵⁰, unitamente al

Il rapporto fra la nozione di aiuto di Stato e le compensazioni relative agli obblighi di servizio pubblico, in *Serv. pubbl. app.*, 2003, p. 598 ss.; M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, p. 125 ss.; P. NICOLAIDES, *Compensation for public service obligations: the floodgates of State aid?*, *ECLR*, 2003, p. 561 ss.; E. SCOTTI, *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, p. 3219 ss. Per gli sviluppi giurisprudenziali in materia cfr. S. MARINO, *Gli aiuti di Stato nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 607 ss.

⁴⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *XXII Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 1993, punto 464.

⁴⁹ L'art. 87, par. 3, TCE afferma che: «Possono considerarsi compatibili con il mercato comune: *a.* gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione; *b.* gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; *c.* gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; *d.* gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune; *e.* le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione».

⁵⁰ Sul criterio dell'investitore operante in normali condizioni di mercato ci si limita a citare alcuni tra i contributi dottrinali più significativi: G. B. ABBAMONTE, *Market Economy Investor Principle: A Legal Analysis of an Economic Problem*, *ECLR*, 1996, p. 258 ss.; G. KARYDIS, *Le principe de l'opérateur économique privé, critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, p. 389 ss.; P. MENGGOZZI, *Il principio dell'investitore in una economia di mercato e i valori del diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, p. 19 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *Les «services d'intérêt économique*

principio di non discriminazione condizionano, sotto quest'ultimo profilo, le modalità di privatizzazione.

Nella fattispecie, all'obiettivo generale di impedire che l'azienda sia mantenuta in attività artificialmente, qualora le circostanze ne richiedano la ristrutturazione o la liquidazione, si aggiunge quello, specifico, di vietare che essa sia ceduta ad un prezzo inferiore al suo reale valore⁵¹. La vendita di un'impresa pubblica ad un prezzo inadeguato realizza, infatti, un vantaggio ingiustificato per l'acquirente, soprattutto quando l'operazione è preceduta da un'erogazione di fondi pubblici che la rende particolarmente appetibile per i soggetti privati. Secondo la Commissione, qualora la dismissione di un'impresa statale abbia luogo mediante il collocamento di azioni sui mercati regolamentati, si presume che l'operazione si realizzi secondo dinamiche concorrenziali, con l'esclusione della manifestazione di elementi di aiuto. Laddove la privatizzazione avvenga tramite vendita diretta, si procede ad un'offerta pubblica aperta, trasparente ed incondizionata in base a procedure non discriminatorie. I soggetti che intendono rilevare l'azienda devono disporre del tempo e delle informazioni necessarie per valutare adeguatamente la stessa al fine della formulazione della propria offerta.

L'identificazione di aiuti concessi ad imprese private risulta relativamente semplice. Infatti, non sussistendo alcuna giustificazione per il conferimento di denaro pubblico, le erogazioni di fondi statali a loro favore costituiscono, indistintamente, misure di aiuto di Stato. Di meno immediata individuazione, invece, sono i finanziamenti di cui potrebbero beneficiare le imprese pubbliche che, oltre a presentarsi nelle tipologie esposte, rappresentano la conseguenza delle modalità di gestione di tali società. Esse potrebbero risultare perfettamente legittime qualora siano giustificate dall'art. 295 TCE il quale, come osservato, precisa che l'adesione alla Comunità non pregiudica il regime di proprietà esistente negli Stati membri⁵².

In relazione alle imprese pubbliche si rende, dunque, necessaria l'individuazione di un criterio oggettivo in grado di distinguere se un finanziamento statale rientri nell'esercizio dei diritti fatti salvi dall'art. 295 TCE oppure se costituisca una sovvenzione ai sensi dell'art. 87, par. 1, dello stesso. Al fine di risolvere tale delicata questione si è proceduto, anche in questo caso, all'uti-

général», les entreprises publiques et le privatisations, RDUE, 2000, p. 117 ss.

⁵¹ L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P. SLOT, *EC State Aids*, cit. *supra*, nota 47, p. 166 ss., osservano che l'evidente necessità di risanamento dei conti di un'impresa pubblica in previsione della sua alienazione, nonché la conseguente difficoltà nello stabilire un prezzo di cessione adeguato allo stato del suo bilancio, rendono le operazioni di privatizzazione suscettibili di costituire oggetto di valutazione da parte delle istituzioni comunitarie in base alle norme del Trattato Ce in materia di aiuti di Stato.

⁵² V. a tale proposito, F. CAPELLI, *La disciplina applicabile in Italia alle banche*, cit. *supra*, nota 43, p. 655-658.

lizzazione del noto criterio dell'investitore privato operante in normali condizioni di mercato.

Complementare a tale aspetto degli aiuti di Stato è la questione delle imprese privatizzate incaricate dell'erogazione di un servizio d'interesse economico generale. La loro gestione caratteristica, a causa della particolare natura dell'attività svolta, potrebbe implicare l'inosservanza di quei criteri di efficienza aziendale tendenti alla massimizzazione del profitto. Si renderebbe necessaria, quindi, l'integrazione del risultato economico d'esercizio con un flusso finanziario che perfezioni il risultato operativo dell'impresa con il differenziale tra il valore della produzione iscritto a bilancio e l'aggravio di costi derivante dall'erogazione del servizio in oggetto⁵³.

Nel caso della privatizzazione formale l'assenza di un soggetto privato, in qualità di parte acquirente, che potrebbe trarre benefici economici dall'operazione, non esime gli Stati dal controllo delle autorità comunitarie in ordine agli aiuti ammissibili. Un'impresa in corso di privatizzazione potrebbe assumere come forma giuridica quella di una tipologia di società per la quale il diritto comune richiede un capitale sociale minimo. Qualora tale capitale sia superiore al patrimonio netto dell'azienda il relativo versamento da parte dell'autorità pubblica che ha proceduto alla trasformazione potrebbe costituire un aiuto di Stato e, come tale, una misura incompatibile con il diritto comunitario.

Un'altra ipotesi di misura controversa è rappresentata dal programma, manifestato da un Governo nazionale, di privatizzare un'impresa pubblica nei confronti della quale sono stati concessi specifici aiuti finalizzati alla sua ristrutturazione. Tale programma costituisce un decisivo elemento di valutazione della compatibilità dei finanziamenti erogati con le norme del Trattato Ce relative agli aiuti di Stato. Siffatti finanziamenti, in linea di principio, non sarebbero contrari al diritto comunitario in quanto erogati dal soggetto proprietario dell'impresa, ma la loro incompatibilità deriverebbe dalla funzione che svolgono in ambito patrimoniale. Essi risanerebbero, almeno parzialmente, il bilancio dell'azienda aumentandone il valore reale e producendo un beneficio per i soggetti interessati ad acquisirla che si rivelerebbe quale forma di aiuto di Stato⁵⁴.

⁵³ M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie*, cit. supra, nota 47, p. 129, individua l'esistenza di due opposti orientamenti nella ricostruzione della natura di tali flussi. Secondo il «criterio della compensazione» essi non rappresentano aiuti di Stato dato che non arrecano alcun vantaggio al loro beneficiario. Il «criterio dell'aiuto di Stato», invece, li considera un vantaggio finanziario che rientra nel campo di applicazione dell'art. 87 TCE pur dichiarandone l'ammissibilità in ragione della deroga di cui all'art. 86, par. 2, TCE. La differenziazione in oggetto si rivela sostanziale rilevando, soprattutto, sul piano procedurale.

⁵⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *XXV Relazione sulla politica della concorrenza*, Bruxelles, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 1996, punto 214: «Per neutralizzare nella misura del possibile il manifestarsi di effetti negativi per la concorrenza, gli aiuti alla ristrutturazione a favore di imprese in settori che soffrono di sovraccapacità strutturale sono autorizzati a condizione che l'impresa beneficiaria riduca effettivamente e irreversibilmente la propria capacità. Nell'approvare gli aiuti alla ristrutturazione a favore del produttore italiano di concimi *Enichem Agricoltura S.p.A.*, la Commissione ha insistito sull'attuazione di misure irreversibili di riduzione della

6. Conclusioni

Originare da un insieme di cause comuni alla maggior parte degli Stati membri, le privatizzazioni delle imprese pubbliche rappresentano uno dei più importanti processi che hanno caratterizzato il mercato unico nel corso degli ultimi anni.

Nonostante risulti impossibile ricondurre l'evoluzione dei processi in esame esclusivamente alla mera incidenza del diritto comunitario, a causa dei suoi intrinseci limiti di efficacia unificante, può comunque affermarsi che esso vi abbia contribuito in maniera rilevante. Le privatizzazioni, infatti, devono essere considerate come un fenomeno complementare a quello delle liberalizzazioni, di espressa matrice comunitaria, che implica il venir meno di una delle tradizionali giustificazioni dell'esistenza dell'impresa pubblica. Si sottolinea, infine, come la mancanza di un espresso dato normativo in materia non impedisca al diritto comunitario di disciplinare, in modo più o meno organico, la materia medesima. Siffatta disciplina, peraltro, è costituita quasi integralmente da norme di fonte primaria poiché solo in relazione al controllo delle concentrazioni essa ha luogo mediante atti di diritto derivato.

Come è noto, la realizzazione effettiva del mercato unico deve compiersi attraverso l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali tra gli Stati membri, principi con i quali il processo di cessione delle imprese pubbliche può, almeno in via potenziale, essere in contrasto. La Corte di giustizia ha avuto modo di esprimersi, a più riprese, sull'illegittimità delle disposizioni interne che limitano, a determinati valori percentuali, le quote di partecipazione al capitale sociale delle società privatizzate che un investitore straniero può detenere, con evidente violazione delle norme concernenti le libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali.

Elementi di incompatibilità sono inoltre ravvisabili nel rapporto tra privatizzazioni e normativa in materia di concorrenza. Per quanto attiene alle regole rivolte alle imprese, i rischi maggiori sono connessi al controllo delle concentrazioni di dimensione comunitaria, soprattutto per quelle operazioni di fusione in cui si prevede l'istituzione di particolari diritti a favore dell'impresa privatizzata. In relazione alle regole rivolte agli Stati si osserva come all'obiettivo generale di impedire che l'azienda sia mantenuta artificialmente in

capacità produttiva dell'impresa, oltre a decidere che questa condizione andrà rispettata fino al momento in cui gli effetti dell'aiuto sulla situazione competitiva nella Comunità risulteranno insignificanti. La Commissione non può direttamente imporre misure di privatizzazione ad un'impresa per la concessione di aiuti a fini di ristrutturazione. Tuttavia se lo Stato membro si impegna a privatizzare l'impresa beneficiaria dell'aiuto ciò può costituire un elemento decisivo per la valutazione della sua futura efficienza finanziaria senza necessità di ulteriori aiuti. Ad esempio, nella sua decisione sulla compatibilità dell'aiuto alla ristrutturazione a favore dell'impresa *Enichem Agricoltura S.p.A.* la Commissione ha tenuto conto dell'impegno di privatizzazione formulato dal governo italiano».

attività, quando invece le circostanze ne richiedono la ristrutturazione o la liquidazione, si aggiunga quello specifico di vietare che essa sia ceduta, dopo l'erogazione dell'aiuto, ad un prezzo inferiore al suo reale valore, generando un ingiustificato vantaggio economico a beneficio del soggetto che la rileva.

Il diritto comunitario ha contribuito notevolmente allo sviluppo delle privatizzazioni delle imprese pubbliche. Tuttavia, il rapporto tra esso e le privatizzazioni medesime non può ancora considerarsi compiutamente definito. Le cessioni delle aziende statali non rappresentano, esclusivamente, un meccanismo di trasferimento della proprietà di un'impresa dallo Stato ad un operatore economico privato. Per converso la loro analisi non deve essere effettuata unicamente sotto questo profilo, ma deve avvenire nel più ampio contesto del radicale mutamento del ruolo degli Stati membri nel mercato unico che si realizza anche attraverso le liberalizzazioni di determinati mercati settoriali e la previsione di particolari strumenti giuridici destinati alla salvaguardia di quegli interessi collettivi da cui origina l'istituzione delle imprese pubbliche.

Nicola Ruccia*

* Dottore di ricerca in Diritto Internazionale e dell'Unione Europea / Cultore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Bari.

IL TRATTATO DI LISBONA E LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA DI FRONTE AL PARLAMENTO ITALIANO*

Sommario: *Premesse - 1. Verso un diritto "anticipatorio"? - 2. Lavori parlamentari nella procedura concernente il Trattato di Lisbona - 3. Esame parlamentare degli emendamenti contenuti nel Trattato di Lisbona - 4. Relazione del Ministro degli esteri - 5. Esame delle Commissioni Parlamentari in Senato - 6. Discussione in Aula - 7. Mozioni collegate: in particolare la mozione G110 sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - 8. Ordine di esecuzione e ordine di ri-pubblicazione della Carta UE - 9. Esame e discussione alla Camera dei Deputati e votazione finale - 10. Conclusioni.*

Premesse

La trattazione del presente tema postula una logica premessa afferente il meccanismo di recepimento, nell'ordinamento costituzionale interno, dei Trattati internazionali, particolarmente elaborato e complesso con riguardo ai Trattati unionistico-comunitari. È questa – invero – la giusta "collocazione" politico-istituzionale degli interventi richiesti dalle norme internazionali c.d. *no-executing*, funzionali all'approvazione di norme interne e di attuazione, rispetto alle quali più o meno ampio è il ventaglio delle possibilità lasciate agli organi nazionali di riferimento. Argomento che richiama la funzione di direzione della politica estera ed europea che si esplica attraverso la gestione delle relazioni internazionali, la stipula ed il successivo recepimento degli stessi Trattati. In tale ottica, è rimessa all'ordinamento statale l'individuazione degli organi idonei ad esprimere una manifestazione di volontà dello Stato internazionalmente rilevante, della quale risultano titolari coloro che de-tengono appunto il c.d. potere estero¹, opportunamente dosato tra indirizzi e controlli

* Il presente lavoro veniva consegnato in Redazione in pendenza del processo di ratifica del Trattato di riforma ancora incompiuto, ragion per cui si sono indicate varie "soluzioni possibili" all'esito di tale procedimento ed al futuro del medesimo. In particolare, quando il lavoro era già in corso di stampa, è intervenuto, in data 13 ottobre 2009, il deposito degli strumenti di ratifica da parte della Repubblica Ceca: il Trattato di Lisbona, sulla base di quanto in esso disposto, è entrato pertanto in vigore il 1° dicembre 2009.

parlamentari e attività attuativo-esecutiva degli organi rappresentativi e di governo dello Stato. Il *decision-making* estero ha avuto come norma primaria di riferimento l'art. 80 Cost., da leggersi in combinato disposto con l'art. 87, comma 8, Cost., mettendosi in risalto la funzione di rappresentanza unitaria riconosciuta al Capo dello Stato² nell'esercizio di un doppio potere parlamentare e presidenziale, grazie al quale si è dato vita ad una forma originale di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione-pubblicazione del Trattato di Lisbona e con il richiamo alla Carta dei diritti. Nel caso della autorizzazione alla ratifica e dell'ordine di esecuzione di cui qui ci occupiamo, un *revirement* di prassi parlamentare senza precedenti nella storia della Repubblica ha condotto alla "messa a punto" di un "doppio" ordine di esecuzione, uno riferito all'intero Trattato e l'altro ad atti aggiunti o collegati.

La procedura descritta si è applicata anche al suddetto Trattato unionistico-comunitario, al quale si è data esecuzione facendo ricorso alla usuale legge di autorizzazione alla ratifica collegata ad una serie di mozioni parlamentari concernenti la definizione del *quid executionis*. Orbene, i meccanismi interni di cui si è detto, sono ricostruibili mediante il combinato disposto di fonti-atto e fonti-fatto, riferibili queste ultime alla prassi parlamentare di supporto manifestatasi per la stessa importanza della materia con una ricchezza senza precedenti. Intendiamo riferirci fin da ora allo strumento della ri-pubblicazione della predetta Carta dei diritti ad uso interno dell'ordinamento italiano, con la funzione di pubblicità "notizia", ben nota ai cultori della materia. Pertanto, la presente esposizione si svolgerà lungo il percorso dei lavori parlamentari rispettivamente in sede di Senato e di Camera dei Deputati, anche attraverso l'esame della relazione e della replica del competente Ministro degli esteri, ad esito del lavoro delle Commissioni e del dibattito in Aula. Oggetto di tale esame sarà il peculiare contenuto del Trattato di Lisbona inteso, fin dal suo titolo, come modificativo e integrativo dei precedenti e ancora vigenti Trattati di Unione. In tale contesto saranno esaminate le c.d. mozioni collegate, frutto degli interventi dei Gruppi parlamentari, quasi sempre condivise dal Governo con riferimento alle modalità dell'esecuzione e della pubblicazione "allargata" agli atti di cui si dirà.

¹ In tal senso si esprime autorevole dottrina, secondo cui, quale che sia il grado di condizionamento del diritto internazionale sulla forma di Stato, in linea di principio spetta a quest'ultimo determinare la propria organizzazione materiale definendo le competenze dei propri organi. Per un approfondimento sul tema riguardante la disciplina costituzionale italiana relativa alla gestione del potere estero ed al ruolo degli organi centrali, cfr., da ultimo, F. SALERNO, *Diritto Internazionale - Principi e Norme*, Padova, Cedam, 2008, p. 77 ss.

² La funzione di rappresentanza unitaria riconosciuta anche dal diritto internazionale al Capo dello Stato (*ius representationis omnimodae*) è ben esplicitata da F. SALERNO, *Diritto Internazionale - Principi e Norme*, cit. supra, nota 1, p. 79. Inoltre, per l'importanza del ruolo assunto dal Capo dello Stato come *testimonial* privilegiato delle procedure internazionali e, segnatamente, in materia di rappresentanza dello Stato nelle fasi di negoziazione e, soprattutto, di conclusione dei Trattati, cfr. *infra*, par. 2.

1. Verso un diritto "anticipatorio"?

Uno dei primi impegni affrontati dalla XVI Legislatura è stato l'assolvimento delle anzidette procedure parlamentari di Camera e Senato, finalizzate alla ratifica successiva del Trattato di Lisbona, autorizzata con legge n. 130 del 2 agosto 2008³. Un totale accordo *bipartisan*, in grado di dimostrare un rarissimo esempio di concordia politica tra gli schieramenti italiani, ha accompagnato il sì della Camera che, come il Senato, ha autorizzato la ratifica, il conseguente ordine di esecuzione e, soprattutto, una mozione senza precedenti nella storia parlamentare, concernente l'impegno alla pubblicazione della collegata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sullo stesso testo della *Gazzetta Ufficiale italiana*⁴ (in *Guri* n. 223 del 23 settembre 2008). Ciò a chiara dimostrazione dell'assoluta importanza e della fondamentale di quei diritti che, toccando le basi stesse del sistema, rendono lo spazio unionistico uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, *alias* di diritti «costituzionalmente garantiti». Di quanto detto è stato possibile fare riscontro nell'ambito di una "emergente" prassi parlamentare, anche se non di una vera e propria consuetudine di unanimità tra le forze politiche, legittimante la pubblicazione di un atto formalmente richiamato ma non allegato al Trattato, e perciò semplicemente "collegato" (*lato sensu*), nell'ordinamento giuridico italiano⁵. È anche da sottolineare che l'atteggiamento parlamentare si colloca nell'attuale "fase delle ratifiche" di esclusiva competenza costituzionale di ciascuno Stato, sia nel senso dell'*opting-in* sia nel senso contrario dell'*opting-out*, almeno per quanto riguarda strumenti e forme di esecuzione. Proprio nell'ottica di una assoluta specificità della procedura concernente la pubblicazione della Carta dei diritti fondamentali, si è manifestata una sottolineatura dell'unilateralismo

³ Com'è noto, la legge di autorizzazione alla ratifica n. 130 del 2 agosto 2008, con allegato il Trattato, è stata pubblicata in *Guri* n. 185 dell'8 agosto 2008, *suppl. ord.*

⁴ Peraltro già pubblicata in *Gu-UE* n. L 329 del 14 dicembre 2007, con l'aggiunta di «spiegazioni interpretative».

⁵ Come indici di tale *consensus* generalizzato, vale la pena di produrre alcune dichiarazioni degli *opinion leader* del sistema costituzionale italiano, rappresentativi della *opinio iuris* nello specifico settore della politica unionistico-comunitaria italiana presente nel nostro Paese, esternabile all'interno ed all'esterno dell'ordinamento. In particolare, per il Presidente della Camera, On. G. Fini, il voto all'unanimità è stato «espressione di una bella pagina dell'antica tradizione parlamentare del nostro Stato, che è co-fondatore dell'Unione europea». La soddisfazione per il voto unanime è stata, peraltro, espressa anche dal "titolare" della Farnesina, On. F. Frattini, che ha parlato di un «bell'esempio che l'Italia dà al resto d'Europa» e condivisa pienamente dal Presidente della Repubblica, il quale non ha esitato a definire l'approvazione unanime della legge di ratifica del Trattato di Lisbona «titolo d'onore per il Parlamento italiano e fattore di rinnovato prestigio per il ruolo europeo del nostro Paese». È in tale clima di unanimità politico-costituzionale che si giustifica l'avvenuta approvazione della fondamentale mozione G110 concernente un distinto ordine di pubblicazione avente ad oggetto il testo collegato, ma non allegato, della sopra menzionata Carta. Quanto al ruolo degli *opinion leader* come fattori rilevanti nella formazione della prassi nazionale in materia di politica estera e relazioni europee, cfr. M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 42-43.

dei comportamenti nazionali, affermandone un sostanziale regime di autonomia normativa.

Via libera, dunque, all'atto autoritativo italiano ed all'esecuzione del Trattato di riforma, che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea; una piena approvazione nel quadro delle ratifiche nazionali, quella italiana, che è stata apprezzata profondamente nel contesto del *law-process*. Come è già possibile desumere da quanto esposto circa i connotati del testo approvato, la vera e propria novità del Trattato di Lisbona consiste nell'aver redatto una sorta di "testo unico" o consolidato dei Trattati precedenti, ampliato ed aggiornato con il mai ratificato Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 ed incidente tanto sul Trattato sull'Unione europea, che mantiene inalterato il suo titolo, quanto sul Trattato che istituisce la Comunità europea, ora denominato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (c.d. TFUE). Nell'ottica della conclusione dell'intera serie delle ratifiche, alla lista dei Paesi che già vi avevano provveduto si è aggiunta, pertanto, l'Italia, mentre si attendono ancora, al momento attuale, le ultime residue.

Non diversamente dalla posizione italiana, anche gli altri ratificanti "ritardatari" hanno affrontato profili di costituzionalità interna, afferente la compatibilità del Trattato con i singoli ordinamenti statali. Quanto alle specifiche questioni nazionali di cui si è detto, meritano cenno quelle ancora in corso e, in particolare, quella irlandese, ormai in qualche misura "smussate" dalle emergenze connesse alla attuale crisi finanziaria ed economica internazionale⁶. Al di là del futuro esito dell'ulteriore *referendum* irlandese, vero è che se proprio non fosse possibile trovare una soluzione atta a non bloccare il processo di integrazione, nell'attesa di ricerca di soluzioni definitive per un modello di *governance* continentale, si potrebbe pure ventilare l'ipotesi di un'applicazione a titolo provvisorio del Trattato di Lisbona almeno come esercizio dello *ius interpretandi* dei Trattati previgenti, come convenuto dagli Stati in sede di negoziazione. Ciò onde evitare di ricadere nella fase di stallo, in virtù della quale la mancata abrogazione degli stessi ne consentiva il formale rilancio, diplomaticamente definita di riflessione, *post* Costituzione europea ed al fine di dare nuovo ed effettivo rilancio allo spirito europeistico⁷. In ogni modo,

⁶ Quanto, in particolare, alla situazione irlandese, l'*impasse* creata dal primo esito referendario negativo potrà, verosimilmente, essere superata con il voto del prossimo *referendum* previsto prima dell'entrata in funzione della prossima Commissione europea, ossia prima della fine dell'ottobre 2009. Orbene, è innegabile che il primo voto irlandese abbia reso maggiormente complesso l'obiettivo di far entrare in vigore il Trattato per la prevista data del 1° gennaio 2009: data, quest'ultima, "necessitata" per la comune esigenza di andare alle elezioni europee, nella primavera del 2009, con le nuove regole e con un quadro costituzionale "stabilizzato" dell'Unione. Quanto alle future elezioni europee, è d'obbligo sottolineare che è arrivato alla Camera il testo base di riforma della legge elettorale, in data 27 ottobre 2008: una riforma, quest'ultima, che – tra i punti maggiormente discussi – introduce una soglia di sbarramento del 4% che, secondo la maggioranza dei Gruppi parlamentari, può essere «uno stimolo all'aggregazione delle forze politiche».

⁷ La possibilità di applicazione a titolo provvisorio del Trattato di Lisbona, in quanto Trattato ai sensi del diritto internazionale al pari di tutti i Trattati unionistico-comunitari, è contemplata

L'emblematica vicenda irlandese va comunque valutata nel contesto della crisi finanziaria internazionale. Una crisi, questa, determinante, a sua volta, uno stato di necessità e quasi di urgenza all'interno del quale procedere ad una "ri-valutazione" dell'intera questione concernente il futuro prossimo dell'Unione europea.

Con riferimento a quest'ultimo punto è innegabile che l'ambito giuridico delle relazioni globali economico-finanziarie ed economico-commerciali sia profondamente in crisi. Una crisi che richiede di essere gestita non solo a livello nazionale e, pertanto, da parte dei singoli Stati membri, ma anche e soprattutto a livello sovranazionale, da parte cioè delle organizzazioni regionali, ai fini di una ripresa effettiva e concreta basata su di un progetto strutturale di rilancio della c.d. economia reale⁸, a garanzia della coesione economica e sociale dell'UE e della salvaguardia dei diritti fondamentali dei soggetti – cittadini ed imprese –. Un intervento "necessitato" soprattutto quello comunitario, finalizzato ad evitare una spirale di recessione ed a sostenere in maniera incisiva l'attività economica, ma anche uno sforzo senza precedenti, sia per l'entità delle risorse da investire sia per l'intreccio tra l'intervento dell'UE e le singole iniziative nazionali⁹.

Vero è che la saldatura tra il vecchio ed il nuovo regime si realizza attraverso il piano europeo di ripresa economica, che rappresenta un'azione decisa e coordinata per rilanciare l'economia e contenere così la dilagante crisi. È, in particolare, rilevante l'impostazione di metodo, che ha affidato alle priorità della Strategia di Lisbona per la crescita sostenibile il compito di "traghetare" l'Europa fuori dalla crisi economica e finanziaria e di conferirle un ruolo guida a livello mondiale per l'adozione di misure efficaci. Ciò, ovviamente, significa agire non solo con interventi congiunturali di breve periodo, ma anche riconfermando l'impianto strategico comunitario a favore della crescita e della competitività europea in una prospettiva di medio-lungo periodo.

È in quest'ottica di fase transitoria che la Legislatura si è impegnata, oltre

nell'art. 25, n. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, nel quale appunto si specifica che: «1. Un Trattato o una parte di esso vengono applicati a titolo provvisorio in attesa della sua definitiva entrata in vigore *a.* quando il Trattato stesso così dispone o *b.* quando gli Stati che hanno partecipato ai negoziati avevano in qualche altro modo così convenuto».

⁸ È innegabile come il piano di rilancio economico ed il rilancio del Trattato di Lisbona rappresentino due sfide strettamente interdipendenti tra di loro. Più precisamente, il rilancio del *reform-Treaty* è destinato a realizzarsi proprio nell'ambito della legislazione anti-crisi e, su di un piano più generale, nell'ambito delle misure adottate e da adottare nel quadro della politica economica e monetaria. Danno pienamente conto di quanto testè osservato le disposizioni novellate di cui agli artt. 2 e 10A TUE, volti rispettivamente alla realizzazione di un'«economia sociale di mercato fortemente competitiva», ad una «crescita economica equilibrata» ed all'«integrazione di tutti i Paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali», nonché orientati alla promozione di «un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata ed il buon governo mondiale» (c.d. *good governance*).

⁹ Le dette iniziative nazionali andranno, pertanto, coordinate nel Piano anti-crisi approvato dall'UE nel dicembre 2008.

che nell'autorizzazione alla ratifica, anche nell'anticipazione della manovra economica triennale con l'avvio dell'esame del d.d.l. Finanziaria 2009-2012¹⁰. Presentare una manovra siffatta è stato, oltre che lungimirante, soprattutto strategico nella logica europea, vista la difficile congiuntura internazionale e – in particolar modo – la necessità e l'urgenza di dare attuazione a tali esigenze di *law in progress*. L'attività del Parlamento italiano deve essere letta, pertanto, in una logica, per così dire, "anticipatoria", atteso che proprio con la scelta di anticipare la finanziaria e di stabilizzarla su tre anni l'Italia ha, più di tutti, realizzato l'agenda di Lisbona, in qualche modo dando "esecuzione anticipata" al Trattato di riforma¹¹.

2. Lavori parlamentari nella procedura concernente il Trattato di Lisbona

Dinanzi al Parlamento italiano nelle sessioni estive del 2008 della Camera e del Senato si è svolta la prima fase di lettura, cioè di interpretazione del dato letterale e dei significati politici ricavabili implicitamente o esplicitamente dal testo scritto dai negoziatori e firmato dai plenipotenziari il 13 dicembre 2007. In quest'opera si sono confrontati apparati di Governo, Gruppi parlamentari e Commissioni competenti, nonché l'intero *plenum* dei due rami ben interessati a quella vera e propria "scoperta" dei risultati prodotti da una così difficile e tormentata fase precedente. Tali testi vanno esaminati sia per gli aspetti elogiativi, sia per quelli critici, come momento preliminare ed ineliminabile di prassi parlamentare prodromica alla successiva attuazione, conseguente all'entrata in vigore del testo pattizio e del corredo di atti ad esso collegati.

È sin troppo nota la lunga e difficile fase preparatoria, grazie alla quale si sono rese possibili le già menzionate modifiche apportate dal Trattato di Lisbona alle regole di vita comune stabilite nei Trattati tuttora vigenti, resesi indispensabili 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, così da consentirle di misurarsi con le nuove problematiche che non conoscono alcuna frontiera, né interna né esterna, allo spazio sovranazio-

¹⁰ La manovra finanziaria 2009, già anticipata con i d.l. n. 93 e n. 112 del 2008 (rispettivamente in *Guri* n. 124 del 28 maggio 2008 e n. 147 del 25 giugno 2008, *suppl. ord.*), è stata approvata con l. 22 dicembre 2008, n. 203, contenente «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato», in *Guri* n. 303 del 30 dicembre 2008, *suppl. ord.*

¹¹ La validità e la solidità della finanziaria triennale sono state pienamente riconosciute dalla Commissione europea – come esplicitato dal Ministro dell'Economia, On. G. Tremonti – le cui previsioni risultano infatti assolutamente in linea con i dati cifrati nella manovra italiana del 2009. Questo è di certo un risultato fortemente positivo che, di fatto, non si sarebbe realizzato qualora i dati fossero stati differenti e qualora ci fosse stato un *early warning* nei confronti dell'Italia.

nale. Di qui l'esigenza di uno sforzo collettivo a livello europeo, foriero di una "modernizzazione" adatta *in primis* al buon funzionamento di una Unione recentemente passata da 15 a 27 Stati membri e soprattutto ispirata dalla sempre più stretta interdipendenza globale. Dalla necessità di ulteriori avanzamenti nel lungo processo di integrazione secondo il metodo dei piccoli passi tanto caro ai c.d. *founding father* è nato, pertanto, il Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, frutto dei negoziati condotti dagli Stati membri all'interno di una Conferenza Intergovernativa, ai cui lavori hanno partecipato anche la Commissione ed il Parlamento europeo.

Sulla lettura parlamentare pesava ovviamente non solo il testo finale, ma anche la critica democratica rappresentata dagli esiti negativi dei due *referendum* tenutisi in Francia ed in Olanda nel 2005, i quali avevano "bocciato" il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa. Una "bocciatura", quest'ultima, che inevitabilmente ha costretto ad una riflessione supplementare sul futuro dell'Unione, mirante all'individuazione di soluzioni alternative in grado di consentire l'avanzamento del processo di integrazione e di venire incontro ai Paesi nei quali si era manifestata una forte contrarietà al testo costituzionale. La fase di effettivo rilancio dello spirito europeistico è pertanto avvenuta tramite l'abbandono del tentativo di adozione di un Trattato abrogativo e sostitutivo di quelli vigenti – "nobilitato" dalla parola «Costituzione» – e la contestuale scelta di un documento complesso, fatto di emendamenti ai Testi vigenti. Di fatto, comunque, sarebbe fuorviante non riconoscere che, se pure a Lisbona si è rinunciato a segni e nomi costituzionali, del Trattato di Roma del 2004 è rimasta la spinta propulsiva, posto che il tessuto costituzionale europeo resta e si sviluppa¹². Al nostro Parlamento non poteva sfuggire quel ristretto ma determinante nucleo di vere e proprie innovazioni, finalizzate a superare il *deficit* democratico ed i difetti istituzionali dei precedenti Trattati di Unione, incidenti sul gradimento popolare e sulla efficacia ed efficien-

¹² Nell'ampia bibliografia sul tema si veda per tutti L. BRIASCO - A. D. CAPUANO - L. GIANNITI (a cura di), *Il Trattato di Lisbona: commento e testo a fronte*, 12° Quaderno europeo ed internazionale del Servizio Affari Internazionali del Senato, Roma, Senato della Repubblica, 2008, pp. 7-10, nonché Senato della Repubblica, Disegno di legge n. 759, *iter* presso il Senato della Repubblica, pp. 7-8, reperibile sul sito internet: <http://www.senato.it>. Sia consentito, altresì, sottolineare l'importante ruolo assunto dal Presidente della Repubblica nell'elaborazione non già di un mini-testo, bensì di un testo gratificante ed assorbente rispetto al "Trattato Costituzionale" di Roma del 2004; non è possibile, infatti, sottacere le rilevanti funzioni del Capo dello Stato che, pur non disponendo di un "potere decisorio" analogo a quello degli altri organi costituzionali centrali, è comunque titolare di una potestà "persuasiva e monitoria", di cui è ad esempio espressione la messaggistica per la manifestazione delle sue opinioni anche nell'ambito delle relazioni internazionali e sovranazionali del Paese, e di una generale competenza a rappresentare l'unità nazionale, come voce interna ed esterna dello Stato e del suo ordinamento giuridico. Per la "messa a fuoco" di tale potere presidenziale e della figura del Presidente della Repubblica come *testimonial* privilegiato delle procedure internazionali e motore di impulso nella formazione di una opinione pubblica qualificata, si rinvia alle riflessioni di M. PANEbianco sui due volumi della Presidenza della Repubblica italiana, contenenti i discorsi di C. A. Ciampi, in questa *Rivista*, 2007, pp. 643-645.

za del suo sistema decisionale¹³. E in tale contesto di rilegittimazione democratica essenziale appariva il nuovo ruolo assegnato alla Carta dei diritti fondamentali UE, da valutare nei suoi aspetti e profili altamente problematici nel dibattito costituzionale comune a molti Stati, ivi compreso il nostro.

Alla complessità del Trattato di riforma, per di più corredato da una serie di Protocolli e Dichiarazioni (che precisano aspetti funzionali e clausole di esclusione ottenute da alcuni Stati membri), nonché da un elevato numero di già menzionate mozioni parlamentari impegnative del Governo nella fase della *post-ratifica*, fa certamente da contrappeso la produzione, da parte dello stesso, di non trascurabili effetti di semplificazione e di riordino del sistema complessivo dell'Unione, nonché dei suoi Trattati fondativi. Dinanzi a tale sostanziale progresso passano decisamente in secondo piano i rilievi afferenti la detta complessità e – secondo taluni – l'oscurità del Testo emendativo che ha il merito di avere realizzato una revisione di ampia portata e di avere condotto all'approdo ultimo del processo di integrazione¹⁴. D'altro canto, le difficoltà di lettura e di comprensione del testo sono pienamente giustificate dal fatto che i complessi negoziati alla sua origine sono sorti sulle ceneri del progetto di una vera e propria Carta Costituzionale. Dopo lo *stop* referendario della Francia e dell'Olanda del 2005, la Conferenza Intergovernativa ha, infatti, dovuto lavorare di cesello per mediare e riportare in un unico testo anche le posizioni politiche più lontane dallo spirito comunitario. Con il Trattato di Lisbona si chiude, dunque, la fase dei complessi negoziati istituzionali iniziata dal Trattato di Maastricht e si danno importanti risposte a questioni di fondamentale rilievo affrontate, ma mai risolte, nel corso delle varie Conferenze Intergovernative concluse ad Amsterdam nel 1996, a Nizza nel 2000 e, da ultimo, a Roma nel 2004. Questioni, quelle a cui si è fatto cenno, afferenti punti nevralgici della costruzione europea, quali sono, a mero titolo esemplificativo, l'equilibrio dei poteri tra le Istituzioni europee, i canali di legittimazione democratica delle decisioni comuni, la maggiore efficienza richiesta ad un'Unione a 27 chiamata a semplificare i suoi metodi di lavoro e le norme di voto e, *last but not least*, il conferimento a quest'ultima di una personalità giuridica unica, suscettibile di garantire una migliore integrazione globale dell'Unione a fronte di nuove emergenze effettivamente manifestatesi e che

¹³ Ai fini di un approfondito esame concernente il c.d. *deficit* democratico dell'UE, si segnala il volume di N. VEROLA, *L'Europa legittima: principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Firenze, Passigli, 2006, pp. 147- 221. Cfr. anche, in ordine alla medesima tematica, T. RUSSO, *Le norme "anti-deficit" democratico nell'Unione Europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, pp. 599- 629.

¹⁴ Per una esaustiva e completa disamina delle modifiche apportate al TUE e al TCE si veda L. BRIASCO - A. D. CAPUANO - L. GIANNITI (a cura di), *Il Trattato di Lisbona: commento e testo a fronte*, cit. *supra*, nota 12, pp. 10-71.

potenzi ulteriormente la sua azione, rendendola a livello mondiale un *partner* più visibile per i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali¹⁵.

3. Esame parlamentare degli emendamenti contenuti nel Trattato di Lisbona

Nella sessione parlamentare continuo è stato lo sforzo di esame del nuovo percorso conseguente alla saldatura dello *ius vetus* con lo *ius novum*, cioè del combinato disposto del previgente diritto unionistico-comunitario con quello appena riformato, in relazione al quale non si può probabilmente concordare con le voci critiche che hanno definito l'accordo raggiunto come un «compromesso al ribasso». Più realisticamente, esso costituisce una pietra miliare nell'*iter* di definizione di una sfera pubblica europea rappresentando un passo in avanti sulla strada della sovranità sovranazionale da inserire sempre di più nell'ottica di un pianeta globalizzato ed interconnesso¹⁶. Un accordo, pertanto, quello del 13 dicembre 2007, che è apparso "necessitato"¹⁷ sotto un duplice profilo, vale a dire quello della "forma" e quello della "sostanza". Quanto al primo dei profili menzionati, il riferimento è alla tecnica normativa scelta a Lisbona ed ispirata alla "continuazione" ed alla "novazione" rispetto al *corpus* normativo già esistente. Sempre sotto il profilo formale, già si è data giustificazione della complessità dell'architettura del nuovo testo, anch'essa "necessitata" per le note ragioni di mediazione tra le posizioni politiche maggiormente lontane dallo spirito unitario: in tale ottica va letta la serie dei principali Protocolli e Dichiarazioni allegate al medesimo. Atti, questi ul-

¹⁵ Per una puntuale ricostruzione del lungo e complesso processo di integrazione europea, cfr. M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 5, pp. 468-487. Relativamente alla personalità giuridica internazionale dell'Unione, cfr. A. GIANELLI, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 30 ss., che aderisce al filone dottrinale di Arangio-Ruiz e Quadri, secondo cui la personalità giuridica, anche per le organizzazioni internazionali, deriva dal diritto internazionale generale, in seguito all'acquisto di una posizione di relativa indipendenza che garantisca la conduzione di rapporti paritari con altri soggetti, di guisa che l'eventuale disposizione pattizia non può rivestire che il valore di un inizio della personalità, ricostruibile solo grazie ad altri elementi da cui risulti la partecipazione alla vita di relazione internazionale.

¹⁶ Sia consentito un cenno al fenomeno della c.d. «globalizzazione», da intendersi come «Costituzione nascente della società mondiale» (o *world law*), quale spazio giuridico comune senza frontiere, sempre più de-statalizzato e de-nazionalizzato intorno ad un ordine sovranazionale e sovranazionale, beneficiario di una *deregulation* di poteri preesistenti. L'espressione riportata tra virgolette è di T. RUSSO, *La Costituzione europea tra revisione e continuità normativa*, in questa *Rivista*, 2005, pp. 55-75, nota 5. D'altro canto, l'esigenza di consolidare nuovi assetti ed equilibri di poteri all'interno dello spazio giuridico ormai globalizzato è innegabilmente connessa al mutato scenario internazionale ed alla stretta interconnessione della rete organizzativa – istituzionalizzata e non – del sistema degli Stati-Nazione, non più unici detentori della sfera giuridica pubblica.

¹⁷ Si veda, in proposito, il saggio di A. MANZELLA, *Un Trattato necessitato*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Le nuove Istituzioni europee - Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 431.

timi, metaforicamente comparabili ad un groviglio di funi più o meno visibili con i quali gli Stati membri sostenitori di posizioni maggiormente euroscettiche hanno cercato di imbrigliare l'Unione europea e di controllare così quella che, ai loro occhi, appariva quasi come un gigante da temere¹⁸, ma viceversa suscettibili di integrazione "politica" da parte dei Parlamenti degli Stati "euro-ottimisti".

Quanto alla "sostanza" del nuovo Trattato, questo, pur non avendo più un carattere costituzionale, mantiene le principali realizzazioni del «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», non presentando pertanto novità rilevanti rispetto allo stesso, se non quella consistente nell'inserimento dell'Unione economica e monetaria con l'euro tra gli obiettivi dell'Unione (art. 3 TUE modificato). Tale innovazione, che è clausola evolutiva – con rilevanza non solo giuridica, ma anche politica, nell'ottica di una decisa presa di posizione a favore della moneta unica per una migliore integrazione dell'area euro nel sistema globalizzato – rispetto a quanto già previsto dal Trattato del 2004, non rappresenta una questione semplicemente simbolica, atteso che, proprio in virtù di tale clausola, per l'Uem e l'euro sarà possibile utilizzare, ove necessario, la c.d. clausola di flessibilità per colmare le lacune dei Trattati che dovessero emergere nel settore specifico (art. 308 TCE modificato). Se, poi, si vogliono misurare i passi in avanti compiuti rispetto ai testi vigenti emendati dal testo di riforma, vale a dire il TUE ed il TCE, allora ci sono aspetti di non trascurabile né transeunte spessore che vale la pena di sottolineare¹⁹.

Le maggiori novità apportate a Lisbona riguardano l'architettura generale dell'Unione, le Istituzioni ed il loro funzionamento. Ponendosi fine alla distinzione tra «Comunità» ed «Unione», una volta entrato in vigore il testo di riforma, vi sarà solo l'Unione europea che «sostituisce e succede alla Comunità europea», con personalità giuridica unica. Con il nuovo sistema viene, altresì, superata la struttura a "pilastri" presente fin dal Trattato di Maastricht, pur mantenendosi alcune procedure distinte a seconda delle materie²⁰. Quanto alle Istituzioni, quella che viene maggiormente rafforzata è il Parlamento europeo, a cui viene riconosciuto un potere effettivo paritario con il Consiglio nella quasi totalità dei *dossier* legislativi, nell'ottica della creazione di un sistema più democratico e trasparente e del conseguente superamento del defi-

¹⁸ Cfr., al riguardo, il saggio a cura di J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo: un viaggio a Lilliput?*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Le nuove Istituzioni europee - Commento al Trattato di Lisbona*, cit. *supra*, nota 17, p. 493.

¹⁹ Per una efficace "comparazione" tra le disposizioni contenute nel TUE e nel TCE, così come modificate dal Trattato di Lisbona, con le disposizioni dei Trattati vigenti, si veda L. BRIASCO - A. D. CAPUANO - L. GIANNITI (a cura di), *Il Trattato di Lisbona: commento e testo a fronte*, cit. *supra*, nota 12, pp. 72-426.

²⁰ Il riferimento è ai due diversi livelli di integrazione e, precisamente, al metodo comunitario, proprio del primo pilastro, ed a quello c.d. intergovernativo, ispirato alla logica della cooperazione intergovernativa e proprio del secondo e del terzo pilastro.

cit di legittimità democratica – sia rappresentativa che partecipativa – che l'Europa ha per lungo tempo sofferto. Contestualmente viene pure consolidato il ruolo dei Parlamenti nazionali, rafforzandosi la partecipazione dei medesimi nei processi decisionali per la formazione della legislazione europea²¹. La novità più rilevante, tuttavia, rimane l'estensione dei principi democratici sul doppio piano interno-esterno, come espressione di un modello di democrazia internazionale.

All'uopo è d'obbligo innanzitutto richiamare il testo del Comunicato del Ministero Affari Esteri, emesso in data 3 settembre 2008²², il quale contiene in allegato il testo della Carta, come richiamata dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (autorizzato alla ratifica con legge del 2 agosto 2008 n. 130), non come ossequio al ricordo della «Costituzione europea» mai approvata, ma piuttosto come omaggio alle motivazioni "profonde" del progetto democratico dell'Unione europea. L'importanza di tale Comunicato e dell'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 medesimo – è legata al suo evidente valore conoscitivo, quale notizia *legis* per il pubblico degli operatori giuridici e dei destinatari secondo le procedure previste dall'ordinamento interno. Trattasi di notizia *legis* che consente di conferire il massimo risalto alla Carta di Nizza, già incorporata nel «Trattato costituzionale» del 2004, e, in seguito, fatta oggetto del menzionato richiamo giuridicamente vincolante da parte del Trattato di riforma, con conseguente acquisizione di vera e propria autonomia documentale o, comunque, di un rilievo autonomo che la riproduzione nel "testo costituzionale" non le attribuiva.

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 pertanto la Carta dell'UE con la sua giuridica obbligatorietà. Questa si pone come l'espressione più sofisticata – e fino ad adesso sperimentale – della convinta portata universale del modello democratico dell'Unione, stante il suo innegabile contributo all'innalzamento del rango dei diritti fondamentali. Quanto detto dà contezza dell'assoluta importanza del Comunicato e dell'allegata pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* del documento di Nizza e dei diritti in esso enunciati, destinati a diventare l'"ossatura" vera e propria dell'Unione europea²³.

²¹ Per quanto attiene l'ordinamento giuridico italiano, va sottolineato come la l. n. 11/2005 - Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, in *Guri* n. 37 del 15 febbraio 2005, si collochi proprio in tale direzione, già prevedendo l'istituto della riserva parlamentare ed i meccanismi tecnici che possano facilitare la detta partecipazione.

²² In *Guri* n. 223 del 23 settembre 2008.

²³ Per una visione d'insieme del Comunicato del 3 settembre 2008, sia consentito rinviare ad una mia nota, pubblicata in questa *Rivista*, 2008, p. 650-652.

4. Relazione del Ministro degli esteri

Già nella relazione tenuta dal "titolare" della Farnesina dinanzi alle Commissioni riunite e congiunte (3^a e 14^a del Senato e III e XIV della Camera dei Deputati), recante le comunicazioni del Ministro Frattini sul Consiglio europeo del 19 e 20 giugno 2008, si poneva l'accento su quella che sarebbe stata la linea seguita dall'Italia²⁴. Una linea d'azione, quella esposta dal Ministro degli Esteri, che ha assunto un rilievo particolare alla luce del primo – e ormai superato – risultato negativo del *referendum* irlandese. È giocoforza, infatti, che dopo il primo "no" dell'Irlanda, l'imperativo sarebbe stato quello di "incassare" rapidamente tutte le altre ratifiche, quindi 26 su 27, onde proseguire nell'integrazione europea, pur attraverso tappe gradualistiche²⁵.

In tale prospettiva va inquadrato il senso dell'intervento in esame, volto a sottolineare l'impossibilità di una ri-negoziazione del Trattato di riforma (cosa che avrebbe condannato il "progetto" europeo ad un ulteriore fallimento dopo quello derivato dalla mancata ratifica del «Trattato costituzionale») e la necessità di non procrastinare ulteriormente una nuova fase di riflessione preventiva sulle prospettive aperte dal nuovo diritto *supervenienti*. D'altro canto, come evidenziato dal Ministro, il Trattato di Lisbona ha inteso modificare l'«impostazione di un Trattato costituzionale organico» proprio per venire incontro alle perplessità di tutti coloro che ritenevano tale Trattato in qualche modo poco rispettoso delle prerogative nazionali. Parafrasando l'affermazione dell'On. Frattini, sembra lecito affermare che il vento euroscettico presente in alcuni Stati membri abbia condotto ad una de-costituzionalizzazione dell'intero processo di riforma, valendo la prosecuzione del medesimo molto più dell'insuccesso di un suo singolo episodio²⁶. Di qui la convinzione, non peregrina, che il Trattato di Lisbona rappresenti, soprattutto se calato nell'attuale situazione storica, un passo nella giusta direzione e, quindi, un passo da compiere per dare nuovo slancio ad un processo integrazionista che deve svilupparsi e continuare ad andare avanti. Ciò soprattutto nella consapevolezza che l'integrazione dell'Unione nell'ampio spazio globalizzato rappresenti un processo storico e politico irreversibile. Un processo che risulta alla base di un sistema da sempre fondato su valori ampiamente condivisi, all'esito di una adeguata sperimentazione, caratterizzanti una Comunità-Unione di Stati so-

²⁴ Si veda, in proposito, Senato della Repubblica, XVI Legislatura, Disegno di legge n. 759, *cit. supra*, nota 12, pp. 494-509.

²⁵ La caratterizzazione del processo di integrazione comunitario-unionistico come processo a «stati di avanzamento» continui ed addizionali, viene efficacemente evidenziata da T. RUSSO, *La Costituzione europea tra revisione e continuità normativa*, *cit. supra*, nota 16, p. 582.

²⁶ Il "fascino" del termine Costituzione, con tutta la sua forza evocativa e prospettica o, più semplicemente, la firma del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa hanno dato luogo ad un'ampia fioritura di volumi sull'argomento: cfr., per tutti, M. COLUCCI - S. SICA, *L'Unione Europea - Principi - Istituzioni - Politiche - Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 2005.

vrani qual è quella europea.

Ad avviso del "titolare" della Farnesina, dunque, la via democratica, l'unica che, in prospettiva, può chiarire l'identità dell'Europa, unita alla dimostrazione dell'Unione di saper lavorare nonostante alcuni periodi di stallo, deve rappresentare la "bussola" chiamata a guidare l'azione del Governo italiano e dei Governi degli altri Stati membri. Nella relazione del Ministro degli Esteri, in particolare, l'auspicio e l'invito alla discussione ed alla ratifica del *reform-Treaty* come «segnale politico» di apertura da parte del Governo italiano²⁷. "Invito" prontamente accolto dalle forze politiche mediante la lunga serie di mozioni politiche aggiuntive impegnative dell'azione futura del Governo. Al di là del naturale compiacimento per una decisione presa con il concorso favorevole di tutti i gruppi politici, il significato profondo del voto del Parlamento italiano sta quindi nel fatto che con esso tutti i Paesi più grandi dell'Unione europea, inclusi tutti i membri fondatori, hanno dimostrato di condividere una comune idea della democrazia europea ed internazionale. Idea suscettibile di contribuire all'eliminazione o alla riduzione dei *deficit* democratici, sia interni che esterni, più volte lamentati. Il senso dell'intervento parlamentare si palesa, pertanto, nel compiacimento per la convinta adesione dell'Italia a tale linea comune.

5. Esame delle Commissioni Parlamentari in Senato

Vale la pena, a questo punto, soffermarsi più da vicino sull'*iter* che, seguito nei due rami del Parlamento italiano, ha condotto all'autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona. In particolare, i "lavori preparatori" hanno occupato dapprima Palazzo Madama e, in seguito, l'emiciclo di Montecitorio. Presso il Senato, il percorso parlamentare di approvazione del Trattato di riforma ha preso l'avvio dalla presentazione dell'atto n. 759²⁸, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro degli Affari Esteri, in data 11 giugno 2008.

Sempre in data 11 giugno 2008, l'atto n. 759 è stato assegnato alla 3^a Commissione Permanente (Affari Esteri, Emigrazione), in sede referente, con pareri delle Commissioni – dalla 1^a alla 14^a – e della Commissione "Questioni regionali"²⁹. Ciascuna Commissione, per quanto di propria competenza, ha

²⁷ È intuitivo, in una simile ottica, come negli sviluppi immediati dell'Unione europea sotto il profilo strutturale-funzionale, la prospettiva politica appaia non meno importante di quella giuridico-normativa in senso stretto.

²⁸ Disegno di legge concernente la «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», *cit. supra*, nota 12.

²⁹ Per completezza espositiva, si ricorda che le Commissioni menzionate nel testo riguardano,

espresso parere favorevole o, comunque, non ostativo, corredando, talvolta, il parere reso anche di specifiche osservazioni. Specifiche osservazioni, concernenti i profili di competenza per materia di ogni singola Commissione e strettamente collegati a questi ultimi sono state effettuate dalla Commissione Giustizia; dalla Commissione Programmazione economica, bilancio; dalla Commissione lavoro, Previdenza Sociale; dalla Commissione Territorio, Ambiente, Beni Ambientali; dalla Commissione Politiche dell'Unione europea, nonché dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali³⁰.

Da una disamina complessiva dei pareri delle Commissioni Permanenti in Senato è dato, comunque, evincere chiaramente l'esistenza di una volontà concorde alla ratifica del nuovo Trattato, nonché il correlato auspicio che l'esame parlamentare del d.d.l. di ratifica rappresenti non già un passaggio meramente formale, bensì l'occasione per discutere a fondo delle opportunità del processo di integrazione europea. D'altro canto, la stessa autorizzazione unanime alla ratifica ha dimostrato come la forza del nostro Paese sia da sempre consistita nella coerenza con la quale l'Italia ha percorso ogni "tappa" del cammino verso l'integrazione piena ed effettiva ed ha efficacemente messo in luce uno degli aspetti distintivi della nostra cultura, una delle vocazioni più vere di una unità nazionale che esiste e resiste. Chiaramente evidenziata nei singoli pareri è anche la forza innovativa del Trattato di riforma, chiamato a rivestire un'importanza politica non indifferente per il rilancio del processo integrazionista *ab intra* e *ab extra* dell'UE e ad assicurare gli elementi necessari di razionalizzazione resi indispensabili dal processo di allargamento *in fieri*³¹.

Meritano, poi, di essere segnalati nel dettaglio alcuni pareri, per la rilevanza delle osservazioni in essi esplicitate, talvolta chiarificatrici di "problematiche" ancora irrisolte ed opportunamente evidenziate. È il caso, ad esempio, del parere fornito dalla 13^a Commissione Permanente, ove viene rappresentata la necessità di gestire le ricadute negative connesse alla globalizzazione dei mercati e coglierne appieno le opportunità economiche positive. Al riguardo, è interessante notare come le dette osservazioni si siano rivelate, in qualche modo, prodromiche rispetto al settimo vertice Asem tra i 27 Paesi dell'UE e 16 Paesi asiatici, tenutosi a Pechino in fase immediatamente suc-

nell'ordine, i seguenti settori: Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione; Giustizia; Affari Esteri, Emigrazione; Difesa; Programmazione economica, Bilancio; Finanze e Tesoro; Istruzione Pubblica, Beni Culturali, Ricerca Scientifica, Spettacolo e Sport; Lavori Pubblici, Comunicazioni; Agricoltura e Produzione Agroalimentare; Industria, Commercio, Turismo; Lavoro, Previdenza Sociale; Igiene e Sanità; Territorio Ambiente, Beni Ambientali; Politiche dell'Unione europea.

³⁰ Per la lettura integrale dei pareri resi dalle Commissioni parlamentari in Senato, si veda: Senato della Repubblica, *iter* presso il Senato della Repubblica, *cit. supra*, nota 12, pp. 335-384.

³¹ Si vedano, nello specifico, il parere della 11^a Commissione Permanente - Estensore: Morra - e parere della 13^a Commissione Permanente - Estensore: Orsi, reperibili sul sito internet: <http://www.senato.it/leggiadocuments/index.htm>

cessiva alla ratifica italiana ed avente ad oggetto peculiare il problema del cambiamento del clima, da un lato, e la crisi economica mondiale o globale dall'altro; trattasi, invero, di due problematiche da affrontare e risolvere tempestivamente, in una prospettiva di compattezza e solidarietà comuni da parte della Comunità internazionale³².

Di rilievo, ancora, i pareri formulati dalla 2^a e dalla 11^a Commissione Permanente, ove si fa riferimento – rispettivamente – ai settori della sicurezza e della giustizia, fondati su diritti «costituzionalmente» garantiti nonché, più nello specifico, alla protezione dei diritti dei lavoratori, oggetto di espressa tutela nel Capo IV della Carta di Nizza del 2000. È nel titolo dedicato alla «Solidarietà», infatti, che vengono riconosciuti ed analiticamente elencati i diritti economici e sociali. Diritti – questi ultimi – concepiti nel documento in esame quali posizioni giuridiche soggettive universali e non già alla stregua di mere prerogative del cittadino, come è dimostrato dal riferimento delle singole disposizioni ai «lavoratori» oppure ad «ogni individuo».

6. Discussione in Aula

Non è il caso di riportare *in extenso* i contenuti del dibattito d'Aula, non privo di accenti politici anche retorici, sull'atto n. 759 assegnato alla 3^a Commissione Affari Esteri, Emigrazione, in sede referente, l'11 giugno 2008, con pareri delle altre Commissioni Permanenti e della Commissione "Questioni Regionali" ed esaminato dalla stessa 3^a Commissione nelle sedute del 12, 24, 25 giugno 2008 e 1^o, 9 luglio 2008. Successivamente all'annuncio della relazione – da parte del Sen. Dini – in data 21 luglio 2008, si sono aperti l'esame e la discussione in Aula del predetto d.d.l. di iniziativa del Governo³³. Ha dato l'avvio alla discussione in Senato la menzionata relazione del Sen. Dini, nella quale si è sottolineato innanzitutto come, a ragione della fine anticipata della XV Legislatura, l'esame e la ratifica del Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 si sono posti come il primo ed essenziale impegno delle nuove Camere, e si è puntualizzato che il Trattato di riforma, quale nuovo "tassello" del quadro normativo europeo, appare in grado di aprire la via ad una più autorevole e forte presenza dell'Italia e dell'Europa nel mondo, rafforzandone le

³² L'Asem, acronimo di *Asia-Europe Meeting*, mira appunto ad essere un "canale di comunicazione" tra i due continenti ed a rafforzare l'interazione ed il mutuo sostegno tra gli stessi attraverso un dialogo continuo e costruttivo. Tra i c.d. *Millennium Development Goals* (MDGs), e cioè le finalità del Terzo Millennio individuate nel corso del *Meeting*, vale la pena di menzionare, accanto alla protezione dell'ambiente ed alla risoluzione della crisi finanziaria, altri *basket* inerenti lo sviluppo sostenibile, la coesione e la giustizia sociale, l'energia ed i c.d. «sistemi di rete» come acqua e telecomunicazioni; tutti argomenti, questi, che, come affermato nell'ambito delle conclusioni dell'incontro Asia-Europa, richiedono «soluzioni vincenti» - *Towards a Win - Win Solution*.

³³ Per una compiuta disamina della discussione in Aula del 23 luglio 2008, cfr. Senato della Repubblica, *cit. supra*, nota 12, *iter* presso il Senato della Repubblica, pp. 386-439.

capacità di fronteggiare le note sfide che rendono sempre più complessa la *governance* globale³⁴.

Dopo la dichiarazione di apertura della discussione generale, alla relazione del Sen. Dini sono seguiti gli interventi degli altri Senatori appartenenti ai Gruppi parlamentari iscritti a parlare, molti dei quali, invero, hanno ripreso in parte l'intervento iniziale. *Leit-motiv* della maggioranza dei detti interventi è stata la ferma convinzione che il nuovo Trattato, con le sue modifiche ed innovazioni, generi nuova e rinnovata fiducia nel progetto europeo, come strumento per orientare il futuro e risolvere questioni cruciali per l'avvenire del nostro Paese e dell'intera Europa. Ricchi di spunti riflessivi gli interventi dei Senatori Divina, Perduca, Bettamio e Cabras, nei quali è stato correttamente messo in luce come tutte le volte in cui nei procedimenti di ratifica dei Trattati siano stati coinvolti i popoli degli Stati, attraverso apposite consultazioni referendarie, i Trattati stessi siano stati non approvati. La medesima considerazione viene effettuata anche da chi rileva l'eventuale connessione tra dibattiti parlamentari e *referendum* nazionali, ove costituzionalmente previsti, osservando come – in virtù di un calcolo probabilistico – in ogni *referendum* nazionale ci sia il concreto rischio che vinca il "no", in quanto in ogni Paese, anche se si parla di Europa, non si parlerà d'altro che dell'Europa che si vuole nel Paese in questione e non già nella totalità dei Paesi europei. Un evidente parallelismo si rinviene anche nella ideazione di adeguate soluzioni che potrebbero poggiare sulla prospettiva dell'elaborazione di un progetto di riforma sul quale possano esprimersi, con un unico e contestuale *referendum*, i cittadini dell'intera Unione, e ciò per impedire che una piccola minoranza possa bloccare il processo di integrazione. In altre parole, fatta salva l'ipotesi di un "*referendum* europeo", sarebbe certamente auspicabile non avere alcun *referendum* nazionale piuttosto che tanti *referendum* non opportunamente coordinati tra di loro.

D'altro canto, pure altri esponenti parlamentari chiamati a pronunciarsi per dichiarazione di voto hanno evidenziato *in primis* come, anche in caso di ratifica in via referendaria (ratifica che, tuttavia, potrebbe apparire strumento non pienamente idoneo alla valutazione di lunghi e complessi negoziati politico-diplomatici, stante la pure ipotizzabile disinformazione dei cittadini) il Governo interessato sia tenuto ad assumersi le proprie responsabilità, in merito alle doverose spiegazioni ed agli altrettanto doverosi chiarimenti destinati agli elettori. *In secundis*, si è altresì chiarito come la costruzione dell'Europa sia avvenuta essenzialmente attraverso scelte parlamentari e come il Parlamento – lungi dall'essere "democrazia di secondo grado" – si atteggi a vera e

³⁴ Sul contributo della società civile alla *governance* o "buon governo" cfr., fra tutti, F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651 ss.

propria punta di diamante dello spirito autenticamente democratico, di modo che non è possibile essere succubi di "abusi" operati dalla democrazia a suffragio universale. La votazione parlamentare, in tale prospettiva di pensiero, si mostra pertanto come la sede maggiormente idonea per l'approvazione di un Trattato internazionale ed anzi esalta la delega popolare fornita ai rappresentanti scelti dal popolo stesso, con la conseguente necessità di rifuggire dall'«istriorismo demagogico» di coloro che sostengono che i Parlamenti nazionali potrebbero votare non a favore, bensì contro gli interessi dei propri elettori³⁵.

"Avventurarsi", insomma, in una serie di *referendum* nazionali per l'approvazione di un Trattato comporta tutta una serie di "pericoli" che poi concretamente si sono verificati nel corso dei lunghi e complessi negoziati sulla riforma istituzionale. Pur ponendosi nell'ottica dell'ormai nota legittimazione democratica, non può pensarsi che essa possa dipendere dall'approvazione positiva di tutti i popoli che compongono l'Unione europea. Se, infatti, si vuole seguire un concetto di democrazia in senso europeo e non interno, nazionalistico, non è accettabile che una popolazione anche minima possa apporre il proprio veto all'approvazione di un Trattato che la grande maggioranza o la totalità degli altri popoli vuole. È, in altri termini, certamente legittimo che una popolazione sia chiamata a pronunciarsi su un progetto di straordinaria importanza che la coinvolge direttamente, ma non può – in base a quanto finora affermato – attribuirsi a tale consultazione un valore che risulti condizionante per gli altri Stati e le altre popolazioni. Argomentando diversamente si legittimerebbe l'introduzione di un diritto di veto e per tale via, il rafforzamento di quelle spinte nazionalistiche che sono la negazione stessa di un'Europa unita. Raggiunto il consenso a livello intergovernativo, indispensabile per l'approvazione di un Trattato, pertanto, non appare corretto che la regola dell'unanimità sia estesa a tale ulteriore meccanismo, dovendo essere la maggioranza dei popoli europei a decidere sul proprio futuro in Europa e non già la minoranza.

Assolutamente di non trascurabile importanza, poi, gli ulteriori interventi, relativi al rafforzamento della politica estera e di difesa, definite, nella dichiarazione del Sen. Marini, come «i due buchi veri di tutti i sessant'anni di percorso dell'Europa». La dichiarazione riportata offre un'ottima occasione di riflessione volta a sottolineare come, nonostante l'imponente coordinamento normativo ed il progressivo delinearsi di una politica estera comune, l'Unione non sia stata finora strutturalmente in grado di rappresentare unitariamente gli

³⁵ Sulla scia delle pregresse considerazioni occorre, pertanto, dissentire da chi ritiene che il *referendum* quale strumento di democrazia diretta abbia una carica democratica superiore ai Parlamenti regolarmente eletti, a meno che non si voglia mettere in discussione il principio della democrazia rappresentativa, definibile, anche sulla scorta del pensiero autorevolmente espresso dal costituzionalista T. MARTINES, (cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano Giuffrè, 2000, p. 192) come quell'istituto giuridico finalizzato ad ammettere il popolo nel governo dello Stato in maniera indiretta, ovvero attraverso i suoi rappresentanti designati dal corpo elettorale.

Stati che ne fanno parte sulla scena delle relazioni internazionali, non disponendo dei poteri necessari e delle procedure decisionali che dell'esercizio di tali poteri sono l'essenziale presupposto. Sono testimonianza di ciò le divergenze di fronte ai tragici eventi che hanno scosso l'Europa con la guerra nei Balcani, le scelte individuali fatte dai Governi in relazione ai conflitti nel Golfo ed in Iraq ed anche i recenti avvenimenti nel Kossovo, che hanno visto gli Stati europei prendere posizione in ordine sparso di fronte al riconoscimento della nuova entità territoriale, quasi che l'esperienza della disgregazione della Jugoslavia all'inizio degli anni '90 non avesse insegnato nulla al riguardo.

Considerazioni queste che riecheggiano nelle parole pronunciate dal Ministro Frattini, ed afferenti una politica estera dell'Unione «in grado di dire una parola unitaria quando in qualche parte del mondo c'è un momento di crisi, o quando si segna il passo nella stabilizzazione istituzionale di una Regione». Emerge da quanto evidenziato che la crisi che vive da tempo l'Europa – e che si auspica possa essere gradualmente superata anche con l'entrata in vigore del nuovo Trattato – si configura come una crisi di natura composita, avente radici endogene ed esacerbata da fattori esterni. Si pensi appunto all'aspetto forse più assorbente della crisi, connesso alla *leadership intra moenia* di carattere politico-governativo, con riferimento al menzionato ruolo dell'Europa nel mondo, chiamato a garantire unità sulla scena internazionale profondamente mutata negli ultimi anni.

La seduta pomeridiana di discussione si è riaperta poi, a seguito di una brevissima interruzione, con la ripresa dei lavori e l'esame dei 3 articoli di cui risulta composto il d.d.l., tutti approvati mediante votazione nominale con scrutinio simultaneo. Sotto la Presidenza della vice-Presidente Bonino, indi del vice-Presidente Nania e del Presidente Schifani, il consesso di Palazzo Madama ha espresso, pertanto, in data 23 luglio 2008, il proprio consenso all'autorizzazione alla ratifica. Si è manifestato così il primo contributo dato dall'Italia e coerente con la sua storia di Paese fondatore, in vista del ben più laborioso contributo alla costruzione di un vero e proprio spazio pubblico europeo.

7. Mozioni collegate: in particolare la mozione G110 sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Con l'autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona da parte del Senato della Repubblica e, poi, anche da parte della Camera dei Deputati – come si vedrà più diffusamente *infra* – il Parlamento italiano, a prescindere dalla vicenda strettamente legata alla questione del *quando* e del *quomodo* il Trattato di riforma entrerà in vigore, ha certamente dato un forte segnale politico, di non irrilevante spessore, al resto dell'Europa. Un segnale altrettanto

forte si è poi concretizzato con l'approvazione, da parte dei due rami del Parlamento, tra le altre, di una particolare mozione senza antecedenti nella storia parlamentare, impegnativa del Governo italiano. Trattasi, in particolare, dell'ordine del giorno, accolto dal Governo, G110, concernente il più volte richiamato impegno alla pubblicazione della collegata Carta di Nizza sullo stesso testo della *Gazzetta Ufficiale* italiana³⁶.

La mozione G110, presentata dai Senatori Andria, Finocchiaro, Colombo, Bonino e Sbarbati, appare come una mozione con significato tecnico-giuridico con la quale – testualmente – si «impegna il Governo a pubblicare in un apposito supplemento della *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* il Trattato di Lisbona, unitamente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al fine di consentire una adeguata pubblicità ed una trasparente informazione per i cittadini, le categorie professionali e le Istituzioni competenti sui contenuti della medesima e di favorire la piena applicazione della predetta Carta nell'ambito del Trattato di Lisbona». Per tale via, la Carta dei diritti di libertà del 2000, richiamata dall'art. 6, par. 1, TUE, come modificato dal Trattato di riforma, viene "interiorizzata" e fatta propria dall'ordinamento giuridico italiano con la pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*. Ciò che appare chiaro, comunque, è che eventuali soluzioni dissimili dalla vincolatività della Dichiarazione non muterebbero lo stato di fatto, facendo venire meno la tutela dei diritti di libertà in ambito europeo, atteso che la maggior parte di quelli riconosciuti e proclamati nella Carta traggono origine dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri o dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e fanno parte ormai dei principi generali del diritto comunitario-europeo³⁷.

La scelta fatta dal nostro Paese e finalizzata alla pubblicazione della Carta in *Gazzetta Ufficiale* con la conseguenziale sua "ricezione" nel diritto nazionale non è stata, tuttavia, adottata da altri Stati aderenti all'UE. Alla scelta di *opt-in* effettuata dall'Italia con riferimento alla Dichiarazione in oggetto,

³⁶ Al di là della mozione in esame, altre mozioni – per l'esattezza 26 – sono state approvate dal Senato e dalla Camera, per la lettura delle quali si rinvia al vol. Senato della Repubblica, *cit. supra*, nota 12, *iter* presso il Senato della Repubblica, pp. 440-458.

³⁷ Quanto al menzionato "costituzionalismo" sovranazionale, secondo autorevole dottrina, il primo degli effetti politico-istituzionali prodotto dalla scrittura della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sarebbe stato proprio l'avvio del processo di costituzionalizzazione (o di ri-costituzionalizzazione) dell'Unione europea. Cfr., in proposito, M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI - G. TIBERI, (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 63 ss. Ancora, sempre seguendo lo stesso filone, non va sottaciuto come la *notion européenne commune d'ordre public des droits de l'homme* (D. RINOLDI, in U. DRAETTA - A. SANTINI, (a cura di), *L'Unione europea in cerca di identità - Problemi e prospettive dopo il fallimento della «Costituzione»*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 205), avente ad oggetto proprio le libertà fondamentali, sia nozione tipica dell'ordine di una comunità che sta nel tempo costituendosi (o ri-costituendosi) sulla base di valori fondanti, fondamentali e, quindi, costituzionali che di fatto hanno già provveduto a dare vita ad una "Costituzione materiale", espressione della peculiare accezione del principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) affermatasi nell'integrazione europea.

infatti, si è contrapposta quella di *opt-out* del Regno Unito e della Polonia, per i quali un Protocollo introduce misure specifiche concernenti talune eccezioni riguardo alla giurisdizione della Corte di giustizia europea e dei Tribunali nazionali in materia di protezione dei diritti sanciti dalla Carta³⁸. Sempre in tema di tutela dei diritti di libertà e al di là del "recepimento" *ad hoc* del documento del 2000 nell'ordinamento giuridico italiano, è doveroso effettuare un'ulteriore riflessione. Il Trattato di riforma, all'art. 6, par. 2, TUE modificato, fornisce una nuova base giuridica per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). La formulazione della novellata disposizione lascia trasparire, a ben guardare, non già una mera facoltà di adesione, bensì un vero e proprio obbligo di agire, pure se la definizione delle modalità tecniche con cui operare tale adesione³⁹ è sostanzialmente rinviata *sine die*: adesione, questa di cui si sta parlando, che, in effetti, avrà il merito non tanto e non solo di rispondere a motivazioni simboliche o politiche, quanto di completare definitivamente il quadro europeo di protezione dei diritti fondamentali, costituendo al contempo la "chiave di volta" per garantire l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni della Convenzione e della Carta⁴⁰. Tutto ciò, una volta entrato in vigore il *reform-Treaty*, determinerà un sistema di protezione coeso e compatto all'interno dell'area regionale europea, non soltanto a livello sostanziale, ma anche a livello procedurale, stante l'esistenza di due Corti sovranazionali deputate a vegliare sulla salvaguardia delle posizioni giuridiche attive inviolabili, vale a dire la Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo e la Corte di giustizia delle Comunità europee di Lussemburgo⁴¹.

8. Ordine di esecuzione e ordine di ri-pubblicazione della Carta UE

All'ordine di esecuzione del Trattato di riforma e della collegata Carta di Nizza è, pertanto, seguito l'ordine di pubblicazione degli stessi in *Gazzetta Ufficiale*, così come disposto dal predetto ordine del giorno. Tralasciando per un attimo l'ordine di pubblicazione della Carta, vale la pena soffermarsi bre-

³⁸ Protocollo (n. 30) sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito, in *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 313. Dichiarazioni 61 e 62, *ivi*, p. 358.

³⁹ Evocata nel Protocollo (n. 8) relativo all'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 273.

⁴⁰ In tal senso si esprime M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, in U. DRAETTA - A. SANTINI, (a cura di), *L'Unione europea in cerca di identità - Problemi e prospettive dopo il fallimento della «Costituzione»*, cit. *supra*, nota 37, p. 117 ss.

⁴¹ Per una approfondita riflessione sul livello euro-internazionale dei diritti umani, cfr. M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 5, pp. 379-385.

vemente e in generale sulla nozione di ordine di esecuzione dei Trattati internazionali, definito come «l'atto (in genere legislativo) mediante il quale lo Stato, per dare piena ed intera esecuzione ad un Trattato, rinvia in blocco alle norme in esso contenute, inserendole in tal modo nel proprio ordinamento»⁴². Ciò che soprattutto preme rilevare, anche alla luce della richiamata sentenza, è che non ha avuto seguito in giurisprudenza la tesi, pure autorevolmente sostenuta da affermata dottrina, in base alla quale il c.d. «trasformatore permanente» di cui al comma 1 dell'art. 10 Cost., recependo nell'ordinamento italiano la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*, funzionerebbe come norma di adattamento anche in relazione ai Trattati (adattamento c.d. «automatico»). L'ordine di esecuzione conferma, quindi, la sua necessità e la sua indefettibilità, configurandosi quale ulteriore "titolo di merito" per il Parlamento italiano. Come accennato, l'ordine del giorno G110 acquista un rilievo estremamente peculiare, atteso che l'ordine di «ri-pubblicazione» in esso contenuto ha, di fatto, reso la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea "dipendente" dal diritto interno, interiorizzandola in esso o "nazionalizzandola", nonostante si fosse cercato – in qualche modo – di rendere indipendente il documento in esame dai diritti nazionali dei singoli Stati membri, non essendosi incorporato lo stesso nel testo del Trattato di riforma, ed essendosi – viceversa – optato per la tecnica del mero richiamo o rinvio, seppure giuridicamente vincolante. Percorrendo un po' di storia parlamentare italiana, risulta di non poco interesse notare come il nostro Paese sia stato in qualche senso il precursore ed il più convinto sostenitore della necessità di integrazione della Carta nei Trattati sovranazionali o, comunque, di conferimento alla medesima del carattere di giuridica obbligatorietà.

All'uopo vale la pena ricordare due particolari mozioni, presentate ed approvate dall'Assemblea del Senato il 18 luglio 2000, al termine di un dibattito sulle comunicazioni del Governo relative alle prospettive di riforma istituzionale dell'Unione europea. Si trattava, in concreto, della mozione Migone (n. 559), nella quale si impegnava il Governo ad adoperarsi affinché venisse realizzata l'integrazione nei Trattati di una Carta dei diritti fondamentali che legittimasse l'Unione nei confronti dei suoi cittadini e conferisse contenuto concreto alla cittadinanza europea e della mozione Salvato (n. 562), nella quale si affermava che la Carta dei diritti, per poter costituire un passo avanti sul versante della protezione dei diritti di libertà, avrebbe dovuto avere efficacia vincolante per gli Stati, oltre a prevedere effettive forme di giustizia⁴³. Ritornando alla situazione attuale, deve riconoscersi come la pubblicazione del-

⁴² Cass., S.U., 4 gennaio 1965, n. 2.

⁴³ Per le mozioni menzionate e, più in generale, per il quadro delle vicende parlamentari della Carta dei diritti, cfr. Senato della Repubblica, XIII Legislatura, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, vol. I, ed. provvisoria n. 661, pp. XV-XIX.

la Carta di Nizza nella *Gazzetta Ufficiale* italiana abbia numerose e rilevanti implicazioni sul piano dell'ordinamento nazionale. *In primis*, come avuto modo di accennare, la pubblicazione comporta l'"interiorizzazione" del documento *de quo* nel diritto interno e, quindi, l'assorbimento dello stesso nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale. *In secundis*, il documento di Nizza diviene, proprio in virtù del summenzionato "assorbimento", ulteriore strumento interpretativo della Legge Fondamentale italiana, che potrà pertanto essere letta anche alla luce dei valori eticamente incorporati nei principi ispiratori dei singoli diritti stigmatizzati nella Carta. È per tutti i motivi ivi enunciati che l'ordine del giorno in oggetto si presenta indiscutibilmente come una mozione senza precedenti nella storia parlamentare italiana, attese le rilevanti conseguenze che l'ordine di pubblicazione in esso formulato comportano sul piano del diritto e dell'ordinamento giuridico interno.

È a tutti noto, peraltro, come la Carta di Nizza presenti una sorta di "valore aggiunto", stante le importanti novità contenutistiche dalla stessa apportate alla tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Compagno, infatti, in essa rilevanti diritti che non trovano traccia né nella giurisprudenza comunitaria né nella Convenzione europea e neppure nelle singole Costituzioni nazionali e, inoltre, pure i diritti già noti spesso assumono nel suo testo nuove ed innovative connotazioni⁴⁴. La codificazione dei diritti fondamentali, diritti connessi a loro volta con le politiche fondamentali, pertanto, non soltanto salda l'evoluzione del processo di integrazione con un legame fondato su principi democratici comuni, ma definisce e fornisce un quadro di posizioni giuridiche inviolabili del *cives* nazionale ed europeo ed una tavola di riferimento per le compagini governative dei singoli Stati membri, tra cui certamente anche quella italiana.

9. Esame e discussione alla Camera dei Deputati e votazione finale

A seguito dell'approvazione del Senato in data 23 luglio 2008, il d.d.l. n. 759 è passato al vaglio della Camera dei Deputati (AC 1519). L'atto, assegnato alla III Commissione⁴⁵, in sede referente, in data 24 luglio 2008 con pareri delle Commissioni dalla I alla XIV e della Commissione "Questioni regionali", è stato esaminato dalla stessa Terza Commissione durante le giornate del 24, 29 e 30 luglio 2008⁴⁶. Il provvedimento in esame è stato illustrato dall'On. La Malfa, il quale non ha mancato di sottolineare l'esigenza di procedere in

⁴⁴ Cfr. *Introduzione*, in R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001.

⁴⁵ Commissione Affari Esteri e Comunitari.

⁴⁶ Per l'esame dell'atto da parte della III Commissione, cfr. *amplius*, Senato della Repubblica, cit. *supra*, nota 12, *iter* presso la Camera dei Deputati (AC 1519), pp. 259-272.

maniera rapida tanto alla luce della larga condivisione delle forze politiche, quanto alla luce degli impegni assunti dall'Italia in sede europea. Gli interventi successivi, poi, hanno evidenziato, soprattutto in relazione all'esito negativo del primo – e ormai superato – *referendum* irlandese, la necessità di affrontare la sfiducia e la diffidenza dei cittadini europei nei confronti di una sempre più stretta integrazione a livello sovranazionale e globale, attraverso il c.d. *empowerment*, ovvero il rafforzamento della capacità decisionale dei *leader* europei e, quindi, attraverso una maggiore capacità di *leadership* politica al vertice dell'Unione. Occorre, insomma, comprendere che l'Europa è un'unione di minoranze e che, viceversa, nell'ambito dello spazio sovrastatale, nessuno è da solo maggioranza. Vi è quindi necessità di un vero e proprio gioco istituzionale in uno spirito collaborativo, l'unico capace di porre il nostro continente in grado di competere con altri attori dell'economia globale che, per dimensioni o per influenza, già riescono a costituire dei blocchi regionali con cui una singola entità statale non può competere.

Occorre, in particolare, con riferimento ad una maggiore capacità di *leadership* politica al vertice dell'Unione e ad un'auspicata garanzia di unità sulla scena internazionale, prendere atto del dato secondo cui conta più l'autorevolezza di un fattore esterno come spinta all'unificazione comunitaria che tanti Trattati – pur con il loro indiscusso ed indiscutibile valore di perfezionamento del modello interno – succedutisi nel tempo. Fattore esterno, ovviamente, che non era ignoto alle precedenti discussioni in Aula. Il predetto risulta comunque confermato come testimonianza di fiducia nella "compattezza" e "solidarietà" della Comunità internazionale.

Conclusosi l'esame preliminare del disegno di legge dinanzi alla III Commissione in sede referente, lo stesso è stato successivamente trasmesso alle Commissioni competenti in sede consultiva per l'espressione dei singoli pareri⁴⁷. Intervenuti anche i pareri favorevoli di tutte le Commissioni competenti in sede consultiva, il 30 luglio 2008 si è aperta la discussione del disegno di legge davanti all'emiciclo di Montecitorio. Discussione avviata dalla relazione dell'On. La Malfa. In tutti gli interventi, l'auspicio volto all'integrazione sempre più stretta tra i popoli d'Europa e ad una sovranità radicata nel consenso democratico e perseguibile grazie alle basi fornite dal nuovo Trattato. Obiettivi sicuramente ambiziosi, anche alla luce della situazione di *impasse* creatasi già a partire dal 2005 con la mancata ratifica del «Trattato costituzionale», ma che tali devono essere perché possano configurarsi come realistici per l'avvenire della costruzione europea. La seduta del 30 luglio, nella quale sono stati approvati gli articoli di cui è composto il d.d.l. di ratifica, ha

⁴⁷ Per un approfondimento sui pareri resi dalle Commissioni competenti in sede consultiva, si veda Senato della Repubblica, *cit. supra*, nota 12, *iter* presso la Camera dei Deputati (AC 1519), pp. 272-382.

avuto ulteriore seguito nella successiva seduta n. 46 del 31 luglio, apertasi con l'invito dell'On. Frattini ad esprimere il parere del Governo.

Anche nella replica finale e conclusiva dell'On. Frattini a nome del Governo, il rilievo preliminare sull'importanza del dibattito avviato a concludersi in Aula dopo il voto del Senato. Nel parere reso, espresso con grande linearità e chiarezza, il "titolare" della Farnesina ha sottolineato alcune questioni di cruciale interesse, riguardanti ancora una volta il ruolo dell'UE sulla scena internazionale e, quindi, il tanto delicato quanto attuale argomento delle relazioni esterne dell'Unione, rientranti nell'ambito del secondo pilastro del Trattato di Maastricht. Prima fra tutte, quella afferente la necessità di una presenza maggiormente visibile dell'Europa sulla scena internazionale, di quell'Europa che se si è mostrata come "gigante economico" nel costruire il mercato unico, è stata molte volte anche un "nano politico" incapace di affrontare crisi (il riferimento è stato a quelle dell'Africa, dei Balcani, del Medio Oriente) che hanno visto il continente europeo troppo lontano. Conseguenziale il riferimento alla figura stigmatizzata nel Trattato di riforma, ovvero l'Alto Rappresentante per gli Affari Esteri e la Politica di Sicurezza, espressione di ciò che sarà necessario costruire, ossia una vera ed effettiva politica europea sulla scena internazionale. Interessante anche la considerazione relativa alla centralità assunta, nell'azione dell'Europa, dalla persona umana, in virtù del richiamo vincolante alla Carta dei diritti fondamentali da parte dell'art. 6, par. 1, TUE, così come modificato a Lisbona. Più che di un'Europa dei popoli, pertanto, sarebbe in tale ottica maggiormente stimolante ed entusiasmante parlare di Europa dei cittadini, di quella cittadinanza allargata che vede la persona al centro, portatrice di diritti inviolabili.

Un ultimo accenno merita, infine, il riferimento fatto dall'On. Frattini alla «terza sfida» che si prospetta per il continente europeo e che è rappresentata dall'azione nella dimensione mediterranea, ovvero da una nuova azione politica sul Mediterraneo (c.d. Progetto sull'Unione mediterranea⁴⁸), sulla sponda Sud e su quella Est e, pertanto, Balcani e Turchia⁴⁹. All'esigenza di costruire

⁴⁸ L'Unione euro-mediterranea, come noto, viene costituita con la Dichiarazione di Parigi del 13 luglio 2008 e si pone come modello di integrazione di una nuova area bi-regionale propria ad un gruppo di Stati e loro organizzazioni, sia dalla parte europea (UE), sia da quella africana (c.d. UA); all'interno di quest'ultimo fronte compaiono, altresì, la Conferenza islamica, la Lega araba e l'Unione maghrebina. Cfr. C. MANZOLILLO, *La Dichiarazione di Parigi sull'Unione Mediterranea (13 luglio 2008)*, in questa *Rivista*, 2008, p. 627 ss.

⁴⁹ Per quanto concerne l'allargamento dell'UE alla Turchia si veda G. PASTORI, *La trappola della diversità. L'Unione europea e la questione dell'allargamento alla Turchia*, in U. DRAETTA - A. SANTINI, (a cura di), *L'Unione europea in cerca di identità - Problemi e prospettive dopo il fallimento della «Costituzione»*, cit. supra, nota 37, pp. 309-342. Nel saggio si rileva la storica esistenza di una sorta di incomprensione reciproca fra Turchia ed Europa, riflesso probabile del timore che quest'ultima ha tradizionalmente nutrito verso il mondo dell'Islam. È altresì correttamente messo in luce come la vicenda della Turchia – definita come il *near abroad* dell'Unione – rappresenti, allo stato attuale, una significativa "pietra di paragone" della capacità dell'Europa di continuare ad agire da polo di attrazione e, conseguentemente, da elemento di stabilizzazione e di integrazione regionale.

una solida politica europea sulla scena internazionale, l'On. Frattini ha affiancato l'interessante riflessione⁵⁰ afferente l'immagine di un Governo italiano guidato dall'impegno volto alla costruzione di un'Unione sempre più grande, libera e democratica, aperta al mondo ed alla solidarietà. Un impegno, quest'ultimo, che si pone quale obiettivo primario che continua a condurre l'azione italiana in ambito sovranazionale.

Espresso il parere del Governo nella persona del Ministro degli Affari Esteri, sui vari ordini del giorno formulati, si è giunti al momento della votazione finale. Anche qui, così come pochi giorni prima era accaduto al Senato, si è salutata con estremo favore l'approvazione del d.d.l. di autorizzazione alla ratifica ed il conseguente ordine di esecuzione. Con il sì definitivo alla Camera all'approvazione del Trattato del 31 luglio 2008, la Repubblica italiana è, dunque, giunta ventitreesima nel deposito degli strumenti di ratifica; esattamente due giorni dopo, la promulgazione, da parte del Capo dello Stato, della «Legge 2 agosto 2008, n. 130».

10. Conclusioni

Volgendosi al termine della presente ricerca, sembra utile una breve nota finale relativa alla questione centrale concernente la valutazione della posizione della «ri-proclamata»⁵¹ Carta di Nizza. Ciò nell'alternativa tra *ius receptum* e *ius non receptum*, riscontrabile nell'atteggiamento dei vari Stati membri dell'Unione. In altri termini, ciò su cui ci si vuole interrogare è la "forza giuridica" del documento citato in ambito strettamente interno, ovviamente a seguito della già menzionata mozione parlamentare G110 e, di poi, anche nell'ambito più generale del sistema delle fonti. Con riferimento al primo profilo, va notato come la Carta sia divenuta un *internum corporis* dello Stato italiano, in esso applicabile a titolo "anticipatorio" prima ancora della formale entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Vero è anche che certamente problematico risulta il suo inserimento nel contesto costituzionale di riferimento. Quello che sicuramente può dirsi è che il percorso afferente tale

⁵⁰ Considerazione ribadita anche nelle Comunicazioni sul Consiglio europeo del 19 e 20 giugno.

⁵¹ La ri-proclamazione della Carta di Nizza, proclamata nel 2000, rimanda immediatamente ad un'idea e ad una tecnica di reiterazione, volta a dare maggiore e più incisivo risalto ed impatto alla stessa Carta. È interessante notare pure, in tale sede, come l'istituto della «proclamazione» sia istituto profondamente diverso da quello della c.d. «promulgazione», ossia l'atto del Capo dello Stato che attesta l'avvenuta approvazione di una legge da parte del Parlamento, ne dispone l'inserimento nella Raccolta ufficiale e fa obbligo a chiunque spetti di osservarla e farla osservare. Viceversa, la proclamazione è atto che fa stato esclusivamente in ambito sovranazionale, dimostrando così l'uso di categorie giuridiche diverse ed innovative, ben lontane dal consueto armamentario del diritto interno e che pare destinata agli atti di c.d. *soft law* internazionale, vale a dire *not-enforceable* e *not-legally binding*, come appunto le Dichiarazioni in materia di diritti di libertà od anche la stessa Carta di Nizza.

strumento normativo, fatto di proclamazioni e riproclamazioni, pubblicazioni e ripubblicazioni, incorporazioni e richiami è certamente più tormentato rispetto all'*iter* di altri Statuti internazionali migliorativi e di sviluppo della tutela dei diritti umani.

Rimane, infine, da affrontare la questione riguardante il valore della Carta di Nizza nel sistema delle fonti in generale, soprattutto per quanto concerne la posizione da essa assunta negli altri Paesi firmatari del Trattato di Lisbona. In questo caso e con riferimento agli altri Stati membri sembra, allo stato attuale e sulla base del ragionamento sin qui seguito, pur sempre potersi riconoscere alla Carta la natura di un atto di *soft law* costituzionale⁵². Quanto, poi, in particolare ai comportamenti dei Governi inglese e polacco, che si sono avvalsi della facoltà di *opt-out* rispetto alla Carta, come *ius* costituzionalmente *non receptum*, va sottolineato che i detti comportamenti hanno senza dubbio implicato un *trend* non recezionista che ha causato una sorta di depotenziamento o di degradazione dell'efficacia giuridica della Carta di Nizza, tenuta fuori o, almeno, "sulla soglia" del sistema giuridico unionistico-comunitario, laddove il *trend* recezionista italiano ha implicato una vera e propria "internizzazione" della Carta medesima; "internizzazione" relativa all'effetto giuridico del documento *de quo* oltre il regime stigmatizzato nel Trattato di riforma.

Miriam Immediato**

⁵² Per la nozione di *soft law* in diritto internazionale, si veda S. M. CARBONE - R. LUZZATTO - A. SANTAMARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 3^a ed., pp. 78-80. Si veda, altresì, con riguardo alla natura di *soft law* costituzionale della Carta di Nizza, M. PANEBIANCO (dir.), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 3-19.

** Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

PROFILI DI INCOMPATIBILITÀ DELLA NORMATIVA INTERNA SUI RIFIUTI RISPETTO AL DIRITTO COMUNITARIO ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DELLE MODIFICHE NORMATIVE

I

Corte di giustizia

Sentenza del 18 dicembre 2007 in causa n. C-194/05*

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Tutela dell'ambiente - Art. 10, l. 23 marzo 2001, n. 93 - Art. 1, commi 17 e 19, l. 21 dicembre 2001, n. 443 - Disciplina nazionale sui rifiuti - Esclusione delle terre e delle rocce da scavo destinate al riutilizzo - Direttiva n. 75/442/Cee come modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee - «Catalogo europeo dei rifiuti» - Inosservanza degli obblighi.

Nella misura in cui l'art. 10 della legge 23 marzo 2001, n. 93, recante disposizioni in campo ambientale, e l'art. 1, commi 17 e 19, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive, hanno escluso dall'ambito di applicazione della disciplina nazionale sui rifiuti le terre e le rocce da scavo destinate all'effettivo riutilizzo per reinterri, riempimenti, rilevati e macinati, con esclusione di quelli provenienti

* In *Raccolta*, 2007, I, p. 11661 ss. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/ (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 721 ss., il commento di FLAVIA ROLANDO.

da siti inquinati e da bonifiche con concentrazione di inquinanti superiore ai limiti di accettabilità stabiliti dalle norme vigenti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/Cee, sui rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/Ce.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 18 dicembre 2007 in causa n. C-195/05**

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Tutela dell'ambiente - Circolare del Ministro dell'Ambiente 28 giugno 1999 - Comunicato del Ministero della Salute 22 luglio 2002 - Art. 10, l. 23 marzo 2001, n. 93 - Art. 1, commi 17 e 19, l. 21 dicembre 2001, n. 443 - Art. 23, l. 31 luglio 2002, n. 179 - Disciplina nazionale sui rifiuti - Esclusione degli scarti alimentari originati dall'industria agroalimentare destinati alla produzione di mangimi per animali d'affezione - Direttiva n. 75/442/Cee come modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee - «Nozione di rifiuti» - Inosservanza degli obblighi.

La Repubblica italiana,

- avendo adottato indirizzi operativi validi su tutto il territorio nazionale, esplicitati in particolare per mezzo della circolare del Ministro dell'Ambiente 28 giugno 1999, recante chiarimenti interpretativi in materia di definizione di rifiuto, e con comunicato del Ministero della Salute 22 luglio 2002, contenente linee guida relative alla disciplina igienico-sanitaria in materia di utilizzazione dei materiali e sottoprodotti derivanti dal ciclo produttivo e commerciale delle industrie agroalimentari nell'alimentazione animale, tali da escludere dall'ambito di applicazione della disciplina sui rifiuti gli scarti alimentari originati dall'industria agroalimentare destinati alla produzione di mangimi; e

- avendo, per mezzo dell'art. 23 della legge 31 luglio 2002, n. 179, recante disposizioni in materia ambientale, escluso dall'ambito di applicazione della normativa sui rifiuti i residui derivanti dalle preparazioni nelle cucine di qualsiasi tipo di cibi solidi, cotti e crudi, non entrati nel circuito distributivo di somministrazione, destinati alle strutture di ricovero per animali di affezione,

è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 1, lett. a., della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, n. 75/442/Cee, sui rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, n. 91/156/Cee.

** In *Raccolta*, 2007, I, p. 11699 ss. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/ (n.d.r.).

III

Corte di giustizia**Sentenza del 18 dicembre 2007 in causa n. C-263/05*****

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Tutela dell'ambiente - Art. 14, d.l. 8 luglio 2002, n. 138, divenuto, in seguito a modifica, l. 8 agosto 2002, n. 178 - Disciplina nazionale sui rifiuti - Esclusione delle sostanze o oggetti destinati alle operazioni di smaltimento o di recupero - Residui di produzione che possono essere riutilizzati - Direttiva n. 75/442/Cee come modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee - «Nozione di rifiuti» - Inosservanza degli obblighi.

La Repubblica italiana, avendo adottato e mantenuto in vigore l'art. 14 del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138, relativo a interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate, divenuto, in seguito a modifica, la legge 8 agosto 2002, n. 178, che esclude dall'ambito di applicazione del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, relativo all'attuazione delle direttive n. 91/156/Cee sui rifiuti, n. 91/689/Cee sui rifiuti pericolosi e 94/62/Ce sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, da un lato, le sostanze, i materiali o i beni, destinati alle operazioni di smaltimento o di recupero non esplicitamente elencati agli allegati B e C a tale decreto e, dall'altro, le sostanze o i materiali residuali di produzione dei quali il detentore abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi, qualora gli stessi possano essere e siano riutilizzati in un ciclo produttivo o di consumo, a condizione che non sia effettuato alcun intervento preventivo di trattamento e che gli stessi non rechino pregiudizio all'ambiente, oppure, anche qualora venga effettuato un intervento preventivo di trattamento, quando quest'ultimo non configuri un'operazione di recupero fra quelle individuate all'allegato C al medesimo decreto, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 1, lett. a., della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, n. 75/442/Cee, sui rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, n. 91/156/Cee, e dalla decisione della Commissione 24 maggio 1996, n. 96/350/Ce.

*** In *Raccolta*, 2007, I, p. 11745 ss. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/ (n.d.r.).

IV

Corte di giustizia**Sentenza del 24 giugno 2008 in causa n. C-188/07******

Commune de Mesquer c. Total France SA, Total International Ltd

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 75/442/Cee come modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee - Nozione di rifiuti - Gestione dei rifiuti - Idrocarburi e olio pesante - Riutilizzo da parte del detentore di materiali derivanti da un processo di estrazione o fabbricazione - Differenza tra residuo e sottoprodotto - Naufragio - Sversamento accidentale di idrocarburi in mare - Principio «chi inquina paga» - Individuazione del soggetto civilmente responsabile per i danni dovuti a inquinamento da idrocarburi.

Una sostanza come quella oggetto della causa principale, nella fattispecie olio pesante venduto come combustibile, non costituisce un rifiuto ai sensi della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, n. 75/442/Cee, relativa ai rifiuti, come modificata dalla decisione della Commissione 24 maggio 1996, 96/350/CE, nei limiti in cui è sfruttata o commercializzata a condizioni economicamente vantaggiose e può essere effettivamente utilizzata come combustibile senza necessitare di preliminari operazioni di trasformazione.

Idrocarburi accidentalmente sversati in mare in seguito a un naufragio, che risultino miscelati ad acqua nonché a sedimenti e che vadano alla deriva lungo le coste di uno Stato membro fino a raggiungere queste ultime, costituiscono rifiuti ai sensi dell'art. 1, lett. a., della direttiva n. 75/442, come modificata dalla decisione 96/350, nei limiti in cui non possono più essere sfruttati o commercializzati senza preliminari operazioni di trasformazione.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 15 della direttiva n. 75/442, come modificata dalla decisione n. 96/350, allo sversamento accidentale di idrocarburi in mare all'origine di un inquinamento delle coste di uno Stato membro:

- il giudice nazionale può considerare colui che ha venduto tali idrocarburi e noleggiato la nave che li ha trasportati come produttore dei rifiuti in questione, ai sensi dell'art. 1, lett. b., della direttiva n. 75/442, come modificata dalla decisione n. 96/350, e, in questo modo, come «precedente detentore» ai fini dell'applicazione dell'art. 15, secondo trattino, prima parte, di tale direttiva se tale giudice, alla luce degli elementi la cui valutazione è di sua esclusiva competenza, giunge alla conclusione che detto venditore-noleggiatore ha contribui-

**** In *Raccolta*, 2008, I, p. 4501 ss. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/ (n.d.r.).

to al rischio che si verificasse l'inquinamento determinato dal naufragio, in particolare se si è astenuto dall'adottare provvedimenti diretti a prevenire un tale evento, come quelli relativi alla scelta della nave;

- qualora risulti che i costi connessi allo smaltimento dei rifiuti prodotti da uno sversamento accidentale di idrocarburi in mare non sono oggetto di accollo da parte del Fondo internazionale per il risarcimento dei danni dovuti a inquinamento da idrocarburi o non possono esserlo a motivo dell'esaurimento del limite massimo di risarcimento previsto per tale sinistro e che, in applicazione dei limiti e/o delle esclusioni di responsabilità vigenti, il diritto nazionale di uno Stato membro, compreso quello derivante da convenzioni internazionali, impedisce che tali costi siano sostenuti dal proprietario della nave e/o dal noleggiatore di quest'ultima, sebbene tali soggetti debbano essere qualificati come «detentori» ai sensi dell'art. 1, lett. c., della direttiva 75/442, come modificata dalla decisione n. 96/350, un siffatto diritto nazionale dovrà allora consentire, onde sia garantita una trasposizione conforme dell'art. 15 di tale direttiva, che i costi in questione siano sopportati dal produttore del prodotto che ha generato i rifiuti così sversati. Tuttavia, conformemente al principio «chi inquina paga», tale produttore può essere tenuto a farsi carico di tali costi solo se, mediante la sua attività, ha contribuito al rischio che si verificasse l'inquinamento prodotto dal naufragio della nave.

V

Corte di giustizia

Sentenza del 22 dicembre 2008 in causa n. C-283/07*****

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Tutela dell'ambiente - Disciplina nazionale sui rifiuti - Esclusione dei rottami destinati all'impiego in attività siderurgiche - Combustibile da rifiuti di qualità elevata - Direttiva n. 75/442/Cee come modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee - «Nozione di rifiuti» - Trasposizione non corretta.

La Repubblica italiana, avendo adottato e mantenuto in vigore disposizioni quali:

l'art. 1, commi 25-27 e 29, lett. a., della legge 15 dicembre 2004, n. 308, recante delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione

***** Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/\(n.d.r.\)](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/(n.d.r.)).

della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione, e l'art. 1, comma 29, lett. b., della legge 15 dicembre 2004, n. 308, nonché gli artt. 183, comma 1, lett. s., e 229, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale,

per mezzo delle quali, rispettivamente, certi rottami destinati all'impiego in attività siderurgiche e metallurgiche e il combustibile da rifiuti di qualità elevata (CDR-Q) sono sottratti a priori all'ambito di applicazione della legislazione italiana sui rifiuti di trasposizione della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, n. 75/442/Cee, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, n. 91/156/Cee, è venuta meno agli obblighi derivanti dall'art. 1, lett. a., della medesima direttiva.

LA NOZIONE DI RIFIUTO NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA E NELL'ORDINAMENTO INTERNO: RECENTI SVILUPPI

Sommario: *Premessa - 1. I casi portati all'esame della Corte - 2. La nozione di rifiuto e di sottoprodotto nella giurisprudenza comunitaria - 3. La giurisprudenza nazionale in materia di rifiuti - 4. Analisi sulla compatibilità della vigente normativa interna sui rifiuti anche con riferimento alla direttiva n. 2008/98/Ce.*

Premesse

Le sentenze qui in rassegna, tutte del 18 dicembre 2007¹, sono state emesse dalla Corte di giustizia a seguito di tre diverse procedure di infrazione avviate dalla Commissione a carico dell'Italia. I casi hanno ad oggetto tre distinte disposizioni nazionali afferenti la normativa sui rifiuti. La prima, di carattere definitorio, è stata introdotta quale interpretazione autentica della nozione di rifiuto²; le altre riguardano la disciplina delle terre e rocce da scavo³ e degli scarti alimentari⁴.

¹ Sentenze *Commissione c. Italia*, causa n. C-194/05, in *Raccolta*, I, p. 11661; causa n. C-195/05, in *Raccolta*, I, p. 11699 e causa n. C-263/05, in *Raccolta*, I, p. 11745.

² Art. 14 del d.l. n. 138 dell'8 luglio 2002 recante interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate, in *Guri* n. 158 dell'8 luglio 2002, convertito in l. n. 178 dell'8 agosto 2002, in *Guri* n. 187 del 10 agosto 2002, *suppl. ord.* La normativa costituisce l'oggetto della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-263/05.

³ In particolare l'art. 10 della l. n. 93 del 23 marzo 2001, recante disposizioni in campo ambientale, in *Guri* n. 79 del 4 aprile 2001, e l'art. 1, commi 17 e 19, della legge n. 443 del 21 dicembre 2001, Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive, in *Guri* n. 299 del 27 dicembre 2001. La normativa costituisce oggetto della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-194/05, *cit. supra*, nota 1.

⁴ Ci si riferisce sia alla normativa concernente i residui derivanti dalle preparazioni nelle cucine, disciplinata dall'art. 23 della legge n. 179 del 31 luglio 2002, in *Guri* n. 189 del 13 agosto 2002, sia alla circolare del Ministro dell'Ambiente 28 giugno 1999, recante chiarimenti interpretativi in materia di definizione di rifiuto, nonché al comunicato del Ministero della Salute 22 luglio 2002, contenente linee guida relative alla disciplina igienico-sanitaria in materia di utilizzazione dei materiali e sottoprodotti derivanti dal ciclo produttivo e commerciale delle industrie agroalimentari nell'alimentazione animale, in *Guri* n. 180 del 2 agosto 2002. La normativa costituisce l'oggetto della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-195/05, *cit. supra*, nota 1.

I casi interessano in particolar modo poiché, anche se sorti in relazione a disposizioni in parte abrogate, consentono un approfondimento di taluni aspetti della disciplina sui rifiuti utile per comprendere l'importanza delle recenti modifiche normative a livello sia comunitario che nazionale.

La materia dei rifiuti è stata disciplinata per la prima volta a livello comunitario dalla direttiva n. 75/442/Cee⁵, con l'obiettivo di ravvicinare le discipline nazionali in materia di gestione dei rifiuti ed insieme assicurare la protezione della salute umana e dell'ambiente contro gli effetti nocivi della raccolta, del trasporto, del trattamento, dell'ammasso e del deposito degli stessi⁶. La normativa in esame ha introdotto una definizione di rifiuto e soprattutto ha previsto che gli stabilimenti o le imprese che effettuano operazioni di recupero o di smaltimento di materiali, beni o sostanze che conformemente ad essa devono ritenersi tali, devono essere autorizzati a ciò dall'autorità nazionale competente⁷.

La direttiva n. 75/442/Cee è stata considerevolmente modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee⁸, che ha introdotto tra gli obiettivi della normativa in materia la promozione del riciclo dei rifiuti e della loro riutilizzazione come materia prima. Nel 2006, al fine di agevolare la comprensione delle disposizioni comunitarie, è stata adottata la direttiva n. 2006/12/Ce⁹, che ha riordinato il dettato della direttiva n. 75/442/Cee e le successive modifiche. È di recentissima adozione, invece, la direttiva n. 2008/98/Ce¹⁰, che abroga la precedente e che dovrà essere attuata dagli Stati membri entro il 2010.

Punto nodale della disciplina in esame è la definizione stessa di rifiuto, secondo cui è da ritenersi tale «qualsiasi sostanza od oggetto che rientri nelle categorie riportate nell'allegato I¹¹ e di cui il detentore si disfi o abbia l'inten-

⁵ In *Guce* n. L 194 del 25 luglio 1975.

⁶ Cfr. il *considerando* n. 3 della direttiva n. 75/442/Cee, in seguito costantemente riportato tra i *considerando* delle successive direttive emanate in materia.

⁷ In base all'art. 9 della direttiva n. 2006/12/Ce l'autorizzazione deve riguardare in particolare: *a.* i tipi ed i quantitativi di rifiuti; *b.* i requisiti tecnici; *c.* le precauzioni da prendere in materia di sicurezza; *d.* il luogo di smaltimento; *e.* il metodo di trattamento. Gli stabilimenti o le imprese esonerati dall'obbligo di autorizzazione conformemente all'art. 11 della direttiva stessa sono comunque soggetti ad iscrizione presso le competenti autorità. Cfr. anche gli artt. 23 ss. della direttiva n. 2008/98/Ce, in seguito approfondita.

⁸ In *Guce* n. L 78 del 26 marzo 1991.

⁹ In *Gu-Ue* n. L 114 del 27 aprile 2006, p. 9. La direttiva n. 2006/12/Ce costituisce un mero aggiornamento delle precedenti direttive e non ha introdotto modifiche sostanziali. Al momento della commissione delle infrazioni la disciplina era dettata dalla direttiva n. 75/442/Cee come modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee: per questo nelle sentenze si fa riferimento alla normativa precedente.

¹⁰ In *Gu-Ue* n. L 312 del 22 novembre 2008.

¹¹ L'allegato I della direttiva in esame propone un elenco di sostanze e di oggetti che sono qualificabili come rifiuto. Questo catalogo è finalizzato alla realizzazione di una «nomenclatura di riferimento con una terminologia comune per tutta la Comunità»; tuttavia tale elenco, come precisato dalla stessa Corte, ha soltanto un valore indicativo e non è esaustivo in materia. Si sottolinea sin

zione o l'obbligo di disfarsi». Tale nozione è caratterizzata da una formulazione piuttosto generica¹² che ha sollevato non poche questioni interpretative¹³ ed ha dato luogo ad un'applicazione incerta, differente tra gli Stati membri e spesso non conforme agli obiettivi comunitari.

Le pronunce in esame, conformandosi in parte alla precedente giurisprudenza¹⁴, interpretano la suddetta nozione evidenziando che in nessun caso ne è ammissibile una lettura restrittiva. Nel contempo la Corte ribadisce che determinati materiali, pur non costituendo il risultato principale di un processo produttivo, non devono considerarsi rifiuti ma piuttosto dei sottoprodotti, e possono essere quindi esonerati dalla disciplina in oggetto se ed in quanto ricorrano determinate condizioni¹⁵.

La questione assume particolare rilevanza dato che dalla qualifica di un materiale, bene o sostanza quale rifiuto discende la necessaria applicazione del relativo regime di autorizzazioni, che da un lato ne garantisce un controllo serrato e scongiora il rischio di una dispersione nell'ambiente, dall'altro comporta oneri aggiuntivi a carico degli stabilimenti o delle imprese. La nozione

d'ora che il riferimento all'allegato I è stato eliminato dalla definizione di rifiuto nella direttiva n. 2008/98/Ce.

¹² La definizione di rifiuto è stata da più parti criticata per la sua genericità, tuttavia ad avviso dell'Avvocato Generale Mazák «una nozione omnicomprensiva di rifiuto non esiste, né potrebbe esistere». Ciò comporta che la valutazione in ordine alla sussistenza della qualifica di rifiuto deve essere fatta «caso per caso, in base a tutte le circostanze della fattispecie», cfr. il punto 2 delle conclusioni relative alle cause n. C-194/05 e n. C-195/05, presentate il 22 marzo 2007. In proposito la Commissione ha riconosciuto che, se anche nella maggior parte dei casi è facile stabilire quel che è rifiuto e quel che non lo è, tuttavia «in realtà non esiste una distinzione netta, ma piuttosto svariate situazioni tecniche con ripercussioni e rischi ambientali molto diversi, così come innumerevoli zone d'ombra». Per questo motivo uno degli obiettivi del sesto programma comunitario di azione in materia ambientale era quello di precisare tale distinzione, dato che a volte le decisioni adottate dalle autorità competenti nazionali in casi simili tra loro variano da uno Stato membro all'altro, creando una disparità nel trattamento degli operatori economici con ripercussioni sul buon funzionamento del mercato interno. Cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, Com(2007)59 definitivo del 21 febbraio 2007, in www.europa.eu. La nozione di rifiuto è stata definita da G. DE SANTIS «sfuggente, ambigua e di imperfetta valenza giuridica», cfr. G. DE SANTIS, *La nozione di rifiuto nel diritto penale ed il controllo di legittimità costituzionale delle norme nazionali «di favore» in contrasto con quelle comunitarie non autoapplicative*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1043.

¹³ Per una rassegna delle diverse posizioni interpretative che si sono succedute nel tempo ed in particolare della interpretazione oggettiva e soggettiva N. DE SADELEER, *Rifiuti, prodotti e sottoprodotti. La Corte di Giustizia delle Comunità europee e le decisioni dei giudici nazionali in Gran Bretagna, Francia e Belgio*, in *Quaderni della Rivista Giuridica dell'Ambiente* n. 17, Milano, Giuffrè, 2006, nonché V. PAONE, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁴ Cfr. in particolare le sentenze della Corte di giustizia dell'11 novembre 2004 in causa n. C-457/02, *Niselli*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10853 e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 91; del 18 aprile 2002 in causa n. C-9/00, *Palin Granit Oy e Vehmassalon kansanterveysystön kuntayhtymän hallitus*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3533 ed inoltre la sentenza del 15 giugno 2000 in cause riunite n. C-418/97 e n. C-419/97, *ARCO Chemie Nederland Ltd e Vereniging Dorpsbelang Hees, Stichting Werkgroep Weurt e Vereniging Stedelijk Leefmilieu Nijmegen*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4475.

¹⁵ Ci si riferisce ai tre requisiti confermati anche nelle pronunce in esame e che verranno singolarmente esaminati nel paragrafo che segue. In particolare il riutilizzo deve essere in ogni caso *a.* certo; *b.* deve avvenire senza trasformazioni preliminari; *c.* deve intervenire nel corso del processo di produzione o di utilizzazione.

di rifiuto, e quindi la certezza in ordine alla qualificazione come tale di un bene o di una sostanza, rileva inoltre in quanto costituisce, nel nostro ordinamento, l'elemento extrapenale di una fattispecie di reato¹⁶ e deve, in quanto tale, soddisfare i requisiti di chiarezza e determinatezza.

1. I casi portati all'esame della Corte

Al momento della adozione, da parte della Commissione, dei pareri motivati relativi alle tre procedure di infrazione la direttiva comunitaria sui rifiuti era stata attuata mediante il dlgo n. 22 del 1997¹⁷. Il suddetto decreto introduceva la nozione di rifiuto negli stessi termini della direttiva comunitaria¹⁸; tuttavia, successivamente, la disciplina nazionale è stata integrata con una disposizione recante l'«interpretazione autentica»¹⁹ della definizione di rifiuto composta da due commi. In particolare il primo comma connetteva il significato da attribuire ai termini «si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi» al compimento di una delle attività di smaltimento o di recupero elencate rispettivamente negli allegati B e C²⁰ del decreto legislativo in esame.

Nella prima sentenza in rassegna²¹ la Corte ha chiarito che tale disposizione «non può assicurare la piena applicazione della direttiva»²², dal momento che non è né chiara né tantomeno precisa e può prestarsi ad una lettura contraria al disposto comunitario.

¹⁶ Si tratta in particolare del reato di «Attività di gestione di rifiuti non autorizzata», disciplinato attualmente dall'art. 256 del dlgo n. 152/2006. Lo stesso reato era prescritto dall'art. 51 del dlgo n. 22/97. Sul punto cfr. G. M. VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *Rivista diritto penale dell'economia*, 4/2005, p. 959 ss. e Id., *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario, Seconda parte*, in *Rivista di diritto penale dell'economia*, 1-2/2006, p. 157 ss. L'Autrice specifica che la definizione di rifiuto costituisce la «norma definitoria di un elemento costitutivo del fatto penalmente illecito, che concorre con la norma incriminatrice alla definizione del singolo tipo di illecito integrandone la descrizione legale mediante la specificazione di un elemento legale della stessa». Cfr. G. M. VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto*, loc. cit., p. 966. Sul principio di legalità nel diritto comunitario ed in particolare sul principio di legalità e tutela delle persone con riferimento agli effetti degli atti comunitari cfr. A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1 ss. Cfr. anche A. ALI, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 41 ss.

¹⁷ In *Guri* n. 38 del 15 febbraio 1997, suppl. ord.

¹⁸ Vedi *supra*.

¹⁹ Così la rubrica dell'art. 14, cit. *supra*, nota 2.

²⁰ Gli allegati B e C del dlgo n. 22/1997 riprendevano tal quali gli allegati II A e II B della allora vigente direttiva n. 75/442/Cee, cit. *supra*, nota 5. Nel primo allegato sono elencate le operazioni di smaltimento, nel secondo le operazioni di recupero. Negli allegati le operazioni sono riportate per come avvengono nella pratica e non hanno il carattere dell'eshaustività.

²¹ Sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-263/05, cit. *supra*, nota 1. Per un commento vedi G. GARZIA, *Corte di Giustizia, residui di produzione e nuova definizione di sottoprodotto nel «correttivo»*, in *Ambiente*, 4/2008, p. 344 ss.

²² Così al punto 46 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-263/05, cit. *supra*, nota 1.

Ed infatti il giudice comunitario precisa che lo svolgimento di una delle operazioni di smaltimento o di recupero non comporta di per sé che una sostanza o un oggetto sia da qualificarsi come rifiuto²³. Di conseguenza, non contiene alcun elemento interpretativo una disposizione che subordina di fatto la qualifica di rifiuto allo svolgimento di una delle operazioni che nell'allegato sono descritte in termini generici e che di per sé possono essere considerate propriamente di smaltimento o recupero solo nel caso in cui siano eseguite su un rifiuto²⁴.

La Corte, al contrario, ritiene che la disposizione in esame abbia come effetto il delimitare illegittimamente la portata stessa della nozione, dal momento che viene preclusa di fatto la configurabilità di un rifiuto laddove il bene, l'oggetto o la sostanza sia trattato in un modo diverso da quelli elencati negli allegati²⁵: una conclusione incompatibile col dettato comunitario, dato che verrebbe escluso *in primis* il semplice abbandono.

Sono parimenti incompatibili col dettato comunitario le precisazioni contenute nel secondo comma²⁶ della disposizione in esame in base alle quali, per

²³ Così i punti 36 e 43 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-263/05, *loc. cit.* La Corte aveva già affermato che «dalla circostanza che su una sostanza venga eseguita un'operazione menzionata nell'allegato II B della direttiva n. 75/442 non discende che l'operazione consista nel disfarsene e che quindi tale sostanza vada considerata rifiuto. L'esecuzione di un'operazione menzionata nell'allegato II A o nell'allegato II B della direttiva n. 75/442 non permette dunque, di per sé, di qualificare una sostanza come rifiuto». Punto 27 della sentenza *Palin Granit*, *cit. supra*, nota 14. Cfr. anche i punti 51 e 82 della sentenza *ARCO*, *cit. supra*, nota 14. Il giudizio è giustificato dal fatto che le operazioni elencate negli allegati sono descritte in modo piuttosto generico, tale che ben potrebbero costituire operazioni normalmente svolte in un processo produttivo. Per questo motivo il fatto che costituiscano operazioni di smaltimento o di recupero dipende di fatto dall'essere eseguite su un bene od una sostanza di cui il detentore ha l'obbligo, si disfi, abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi. Il punto è ulteriormente chiarito in V. PAONE, *Residui, sottoprodotti e rifiuti: quale futuro?*, in *Ambiente*, 2005, p. 557. Cfr. inoltre i punti 36 e 37 della sentenza *Niselli*, *cit. supra*, nota 14. Per un commento vedi G. AMENDOLA, «Rifiuto»: non era autentica l'interpretazione italiana, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 16 ss.; V. PAONE, *La nozione di rifiuto tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 19 ss. e F. GIAMPIETRO, *La nozione comunitaria di rifiuto ed i suoi effetti penali: la Corte CE va oltre la sentenza "Niselli"*, in *Ambiente*, 2005, p. 505 ss.

²⁴ Cfr. il punto 44 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-263/05, *cit. supra*, nota 1.

²⁵ La Corte ritiene che in virtù del primo comma della disposizione controversa venga considerato quale manifestazione dell'atto, della decisione o dell'obbligo di disfarsi il solo fatto che una sostanza o un oggetto sia destinato, direttamente o indirettamente, a operazioni di recupero o di smaltimento menzionate negli allegati B e C, considerando così il contenuto degli allegati come esaustivo e tassativo. Cfr. il punto 42 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-263/05, *cit. supra*, nota 1. In senso contrario P. GIAMPIETRO sostiene che proprio tale assunto, sostenuto *in primis* dalla Commissione, sia errato. L'Autore sostiene che il legislatore italiano ha consapevolmente rinviato ad allegati che non contengono elencazioni di operazioni tipiche, tassative e rigidamente predeterminate. Cfr. P. GIAMPIETRO, *Prime "controdeduzioni" ai rilievi della Commissione CE sull'art. 14, del D.L. n. 138/2002*, articolo reperibile sul sito internet www.lexitalia.it nonché ID., *L'interpretazione "autentica" della nozione di rifiuto secondo la Corte di Giustizia: portata ed effetti*, *ivi*.

La Corte sostiene che, quand'anche questa seconda interpretazione possa prevalere nel diritto nazionale, la disposizione in esame in ogni caso non può assicurare la piena applicazione della direttiva, a causa della mancanza di chiarezza e precisione. Cfr. il punto 46 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-263/05, *cit. supra*, nota 1.

²⁶ Cfr. punti 47 ss. della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-263/05, *cit. supra*, nota 1. I motivi della incompatibilità con gli obblighi della disposizione in esame sono meglio affrontati *infra*, par. 2.

sfuggire alla qualifica di rifiuto, è sufficiente che un materiale residuale di produzione o di consumo venga o possa essere riutilizzato in un qualunque ciclo di produzione o di consumo, senza alcun intervento preventivo di trattamento e senza pregiudizio all'ambiente, o dopo aver subito un intervento preventivo di trattamento qualora non si tratti di una delle operazioni di smaltimento elencate nell'allegato C.

Al fine di delineare i profili di incompatibilità della disposizione in esame il giudice comunitario procede, ancora una volta, ad una disamina dei principi espressi nel corso della giurisprudenza e dei criteri utili alla qualifica di un bene o sostanza come rifiuto o come sottoprodotto.

L'*iter* interpretativo sarà approfondito nel paragrafo che segue, ma si sottolinea sin d'ora che proprio l'esame dei requisiti richiesti dalla elaborazione pretoria per la sussistenza di un sottoprodotto, costituisce la premessa delle ulteriori conclusioni cui giunge la Corte nelle successive sentenze qui in rassegna.

Nel caso delle terre e rocce da scavo²⁷ il giudice comunitario definisce inconciliabili con il dettato comunitario le disposizioni nazionali che escludono dall'ambito di applicazione della normativa sui rifiuti i suddetti materiali nel caso in cui siano «destinati all'effettivo utilizzo» per reinterri e riempimenti. In tal modo si introduce di fatto una presunzione per la quale i materiali in questione, nelle situazioni da esse previste, non costituiscono dei rifiuti²⁸, quanto piuttosto dei sottoprodotti, che presentano per il loro detentore un vantaggio economico anziché un onere di cui disfarsi. Esse, infatti, fanno discendere dalla mera volontà del detentore di riutilizzare i suddetti materiali la qualifica di sottoprodotto, prescindendo da una necessaria analisi dei singoli casi concreti in ordine alla sussistenza dei requisiti²⁹ che sono singolarmente da appurare al fine di escludere la volontà del detentore di *disfarsene*.

La stessa presunzione è utilizzata inoltre dal legislatore italiano ai fini dell'esclusione dal novero dei rifiuti degli scarti alimentari destinati alla produzione di mangimi e dei residui alimentari destinati agli animali da affezione³⁰.

In tal caso il Governo italiano si è difeso sostenendo che le disposizioni relative alla gestione dei rifiuti possono considerarsi di applicazione residuale rispetto alla normativa concernente la produzione e la commercializzazione di mangimi³¹.

²⁷ Sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-194/05, *cit. supra*, nota 1.

²⁸ Così il punto 51 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-194/05, *cit. supra*, nota 1.

²⁹ Ci si riferisce ancora alle condizioni costantemente riportate nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il riutilizzo deve essere in ogni caso *a. certo*; *b. deve avvenire senza trasformazioni preliminari*; *c. deve intervenire nel corso del processo di produzione o di utilizzazione*.

³⁰ Normativa *cit. supra* nota 4. Cfr. il punto 51 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-195/05, *cit. supra*, nota 1. Per un commento vedi R. BIANCHI, *Scarti alimentari e rifiuti: la condanna inevitabile ma «tardiva» dell'Italia (prima lettura)*, in *Ambiente*, 2008, p. 145 ss.

³¹ Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002,

La Corte sottolinea innanzitutto che nella materia in cui si verte non è possibile alcuna deroga all'applicazione della normativa sui rifiuti, dato che i beni in questione non sono ricompresi nell'elenco tassativo dei materiali suscettibili di esclusione, previsto dall'art. 2 della direttiva sui rifiuti. Ed infatti dal combinato disposto dell'art. 1, lett. *a*. e dell'art. 2, n. 1³², si deduce che in linea di principio le prescrizioni contenute nella direttiva sui rifiuti si applicano a tutti i beni o sostanze corrispondenti alla definizione in parola e che possono essere escluse dal campo di applicazione della direttiva n. 2006/12/Ce determinate categorie tassativamente elencate esclusivamente nel caso in cui siano disciplinate da «un'altra normativa»³³.

Nella sentenza *Avesta Polarit*³⁴ la Corte ha interpretato la presente disposizione nel senso che l'eventuale legislazione alternativa non deve semplicemente riguardare le sostanze o gli oggetti in questione, «ma deve contenere disposizioni precise che organizzano la loro gestione come rifiuti» avendo ad oggetto un livello di protezione dell'ambiente almeno equivalente a quello previsto dalla direttiva stessa³⁵.

La suddetta disciplina, seppur in parte coincidente, di certo non assolve alla stessa funzione ed agli stessi obiettivi dal momento che mira ad istituire un sistema di norme sanitarie per contrastare i rischi di propagazione delle malattie a cui gli animali sono esposti³⁶. Di conseguenza risulterebbero trascurati i principi della prima, attinenti alla protezione dell'ambiente dai rischi derivanti dalla raccolta e dal trasporto dei rifiuti ed in uno con questi l'efficacia della direttiva stessa.

in *Gu-Ue* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1, nonché 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, in *Gu-Ue* n. L 273 del 10 ottobre 2002, p. 1.

³² Gli articoli sono rimasti immutati nella attuale direttiva n. 2006/12/Ce.

³³ In proposito importanti sono le precisazioni fornite dalla Corte nella sentenza del 16 dicembre 2004 in causa n. C-62/03, *Commissione c. Regno Unito*, inedita in *Raccolta*, punto 11.

³⁴ Sentenza dell'11 settembre 2003 in causa n. C-114/01, *Avesta Polarit Chrome oy.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8725.

³⁵ Cfr. il punto 52 della sentenza *Avesta Polarit*, *loc. cit.* Più recentemente in argomento anche sentenza dell'8 settembre 2005 in causa n. C-416/02, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, I, p. 7487, punto 99 ss. e, in pari data, in causa n. C-121/03, *Commissione c. Spagna*, *ivi*, p. 7569, punti 69 ss.

³⁶ A nulla rilevano, secondo la Corte di giustizia, le osservazioni dell'Italia secondo le quali «l'applicazione della direttiva impedirebbe di riutilizzare residui alimentari per la produzione di mangimi, in quanto tali residui dovrebbero essere trasportati su mezzi autorizzati al trasporto di rifiuti che non rispondono ai necessari requisiti di igiene» dato che l'origine di tale situazione è da ricercare nella normativa italiana e non nella direttiva.

2. La nozione di rifiuto e di sottoprodotto nella giurisprudenza comunitaria

Nelle sentenze qui in rassegna, unite da un comune corpo argomentativo centrale, la Corte riprende i principi espressi nella precedente cospicua giurisprudenza in merito all'interpretazione della nozione di rifiuto e conseguentemente all'ambito applicativo della disciplina comunitaria³⁷.

Sin dalla pronuncia *Inter-environnement Wallonie*³⁸ la Corte ha precisato che l'ambito di applicazione della nozione di rifiuto dipende dal significato del termine «disfarsi»³⁹ e tale termine deve essere interpretato tenendo conto delle finalità della direttiva enunciate nei *considerando*, oltre che degli obiettivi prefissati dall'art. 174⁴⁰ del Trattato che ne costituisce la base giuridica. Ne consegue che la nozione di rifiuto non può essere interpretata in senso restrittivo⁴¹.

Il giudice comunitario ha suggerito degli indizi⁴², delle circostanze in base alle quali il legislatore nazionale possa ricostruire dei criteri utili al fine di valutare in concreto il «disfarsi» o l'intenzione del detentore di «disfarsi»⁴³.

³⁷ In merito si sottolinea che la Corte di giustizia «ha decisamente orientato le sua giurisprudenza nel senso di considerare le esigenze di tutela dell'ambiente come esigenze fondamentali, in grado di limitare l'applicazione di principi altrettanto importanti, come quello sulla libera circolazione delle merci», così F. CAPELLI, *Tutela ambientale e libertà di circolazione delle merci: due principi a confronto*, in questa *Rivista*, 2003, p. 629. Sul punto cfr. anche M. MONTINI, «Commercio e ambiente»: bilanciamento tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in questa *Rivista*, 2002, p. 429 ss.

³⁸ Sentenza del 18 dicembre 1997 in causa n. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 7411 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 746 con nota di A. GRATANI, *Obblighi negativi dello Stato in pendenza di termine per la trasposizione di una direttiva*.

³⁹ Cfr. il punto 26 della sentenza *Inter-Environnement Wallonie*, *loc. cit.* Alcuni Autori hanno sottolineato che la nozione di rifiuto si compone di una parte oggettiva e di una parte soggettiva: la prima è costituita dal riferimento all'allegato I, la seconda dal comportamento del soggetto agente. A. GRATANI, *La nozione comunitaria dei "rifiuti" e dei "rifiuti pericolosi" di fronte ai giudici nazionali e comunitari*, Nota a: Corte giustizia CE, sez. V, 15/06/2000, n. 418, Corte giustizia CE, 15/06/2000, n. 419, Corte giustizia CE, sez. VI, 22/06/2000, n. 318, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, p. 718 ss., nonché N. DE SADELEER, *Rifiuti, prodotti e sottoprodotti*, *cit. supra*, nota 13. La Corte ha chiarito che il riferimento all'allegato I, per quanto punti a precisare l'applicazione della nozione di rifiuto mediante la predisposizione di un elenco di sostanze, non costituisce comunque un elemento indispensabile per la sussistenza di un rifiuto in quanto ha un valore meramente indicativo e di certo non esaustivo come dimostrato dalla categoria Q16, nella quale può essere classificata «qualunque sostanza, materia o prodotto che non rientri nelle altre categorie».

⁴⁰ L'art. 174 del TCE stabilisce che la politica comunitaria in materia ambientale ha tra i propri obiettivi la salvaguardia, la tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente, la protezione della salute umana, oltre all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali.

⁴¹ Punto 40, sentenza *ARCO*, *cit. supra*, nota 14. Principio in seguito costantemente ripreso.

⁴² Tali indizi sono stati introdotti per la prima volta con la sentenza *ARCO*, *loc. cit.* ed in seguito costantemente ripresi.

⁴³ A tale proposito bisogna sottolineare che la stessa Corte ha riconosciuto la possibilità per gli Stati membri di definire varie categorie di rifiuti per facilitare l'organizzazione ed il controllo della loro gestione. La pianificazione legislativa, però, deve in ogni caso rispettare gli obblighi risultanti

Bisogna distinguere *in primis* le sostanze che costituiscono residui di produzione dai residui di consumo⁴⁴, intendendo nel primo caso quei beni o sostanze che, a differenza dei prodotti, non sono il risultato direttamente ricercato di un processo di fabbricazione. A tal fine è importante verificare se il fabbricante ha deliberatamente scelto di produrlo, ad esempio predisponendo delle modifiche *ad hoc* nel ciclo produttivo.

Ulteriori indizi valutativi derivano dall'atteggiamento del detentore (ad esempio cerca di ridurne il quantitativo realizzato o parimenti non prevede altro uso se non lo smaltimento) o dalle qualità intrinseche del materiale (la composizione della sostanza non è idonea per l'uso che ne viene prospettato o ancora se tale uso debba avvenire in condizioni particolari di prudenza a causa della pericolosità per l'ambiente).

Il giudice comunitario ha costantemente sottolineato che l'effettiva esistenza di un rifiuto va accertata a seguito di una valutazione complessiva delle circostanze. Non assume quindi alcuna rilevanza e non costituisce elemento sufficiente ai fini dell'esclusione dall'ambito di applicazione della nozione di rifiuto il fatto che una sostanza sia ipoteticamente suscettibile di riutilizzo o che sulla stessa non venga o non debba essere effettuata un'operazione elencata negli allegati II A o II B⁴⁵. Anche in tal caso bisogna infatti esclusivamente considerare la volontà del detentore di disfarsene, a nulla rilevando il fatto che i materiali abbiano un valore commerciale intrinseco o che gli stessi siano raccolti a titolo commerciale a fini di riciclo, di recupero o di riutilizzo. Ciò perché, come ribadisce la Corte⁴⁶, da tale volontà discende la necessaria applicazione del sistema di sorveglianza e di gestione istituito dalla direttiva.

Tuttavia la Corte ha ritenuto che non si è in presenza di un residuo, ma bensì di un sottoprodotto, allorquando il detentore di un bene, lungi dal cerca-

dalla direttiva. Cfr. il punto 41 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-263/05, *cit. supra*, nota 1.

⁴⁴ La Corte ha contemplato la configurabilità di un sottoprodotto, sussistendo tutti gli altri requisiti, esclusivamente per quei beni o materiali che derivano da un processo produttivo e mai di consumo. Cfr. in merito i punti 48 e 49 della sentenza *Niselli*, *cit. supra*, nota 14. La questione è stata ulteriormente chiarita nella sentenza del 22 dicembre 2008 in causa n. C-283/07, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. La Corte, al punto 65, ha infatti affermato che «detta giurisprudenza non è valida per quanto riguarda i residui di consumo, i quali non possono essere considerati sottoprodotti». Si rileva inoltre che anche secondo l'art. 5 della direttiva n. 2008/98/Ce il sottoprodotto può derivare esclusivamente da un processo di produzione.

⁴⁵ In merito al primo punto cfr. la sentenza del 28 marzo 1990 in causa n. C-359/88, *Zanetti*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1509, punto 9 e in questa *Rivista*, 1990, p. 428 con commento di G. SCOGNAMIGLIO, *Rifiuti e materie prime secondarie: il dpr 915/82 all'esame della Corte di giustizia*, p. 433; del 25 giugno 1997 in cause riunite n. C-304/94, n. C-330/94, n. C-342/94 e n. C-224/95, *Tombesi e altri*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3561, punti 47 e 48 e annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 731; sul secondo la sentenza *ARCO*, *cit. supra*, nota 14, punto 64. In tal senso la questione è stata determinante anche al fine di sancire l'incompatibilità dell'art. 14, l. n. 178/2002 con l'art. 1, lett. a., della direttiva n. 75/442/Cee come modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee nella causa C-263/05, come analizzato *supra*.

⁴⁶ Punto 36 della sentenza in causa n. C-263/05, *Commissione c. Italia*, riprendendo quanto già stabilito al punto 29 della sentenza *Palin Granit*, *cit. supra*, nota 14.

re di disfarsi di un materiale o una materia prima che deriva da un processo di estrazione o fabbricazione che non è principalmente destinato a produrlo, intende procedere al riutilizzo⁴⁷.

Il giudice comunitario ha però costantemente specificato che in tal caso il riutilizzo deve essere certo e non semplicemente eventuale, non deve necessitare di trasformazioni preliminari e deve intervenire nel corso del processo di produzione.

Ognuno dei tre summenzionati punti richiede qualche osservazione. In ordine alla certezza, innanzitutto, è necessario che venga garantito il riutilizzo dell'intero quantitativo del materiale in questione; è ugualmente fondamentale assicurare che l'impiego avvenga entro un periodo di tempo determinato⁴⁸. Nella pronuncia relativa alla causa n. C-195/05 la Corte⁴⁹ afferma che la mera volontà del detentore di destinare dei materiali ad una determinata produzione non è un elemento sufficiente a dimostrare un effettivo riutilizzo, neanche se provato in forma scritta⁵⁰.

Una valutazione in ordine alla riutilizzabilità in concreto si basa anche sulle caratteristiche proprie del materiale⁵¹, sulla utilizzabilità con riferimento ai requisiti tecnici posseduti rispetto a quelli richiesti nel processo produttivo. Ulteriore presupposto è infatti determinato dal fatto che il riutilizzo avvenga senza che sul bene o materiale siano effettuate delle trasformazioni preliminari, senza cioè che sullo stesso sia fatto alcunché che prescinda dalle normali operazioni di lavorazione del materiale. In caso contrario i beni in questione devono essere considerati rifiuti finché «non costituiscano i prodotti finiti del processo di trasformazione cui sono destinati»⁵².

⁴⁷ Alcuni Autori hanno evidenziato l'utilizzo equivoco del termine "riutilizzo", dal momento che la medesima locuzione è riferibile anche al recupero dei rifiuti. Cfr. in proposito V. PAONE, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, cit. supra, nota 13, p. 207 ss. L'Autore conclude che, in tale contesto, esso «corrisponde genericamente all'ipotesi di ulteriore utilizzazione del materiale o della sostanza».

⁴⁸ La Corte ha infatti stabilito nella sentenza *Palin Granit*, non lasciando alcun margine di dubbio, che «il detentore di detriti derivanti dallo sfruttamento di una cava di pietra, depositati a tempo indeterminato in attesa di un possibile utilizzo, si disfa o ha deciso di disfarsi di tali detriti i quali devono, di conseguenza, essere qualificati come rifiuti». Cfr. i punti 39 e 42 della sentenza *Palin Granit*, cit. supra, nota 14.

⁴⁹ Cfr. punto 48 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-195/05, cit. supra, nota 1.

⁵⁰ Diversamente la Commissione nella comunicazione al Parlamento europeo ed al Consiglio, Com(2007)59, cit. supra, nota 12, ha ritenuto che «l'esistenza di contratti a lungo termine tra il detentore del materiale e gli utilizzatori successivi può indicare che il materiale oggetto del contratto sarà utilizzato e che quindi vi è certezza del riutilizzo». Cfr. p. 7.

⁵¹ Nella valutazione caso per caso rileva dunque non una mera e superficiale idoneità del bene ad un successivo utilizzo, ma una valutazione in concreto in ordine all'attitudine al riutilizzo ed alle operazioni necessarie in tal senso. Cfr. ad esempio, i punti 40 ss. della sentenza *Avesta Polarit*, cit. supra, nota 34.

⁵² Così la Corte al punto 52 della sentenza *Niselli*, cit. supra, nota 14, riprendendo quanto già chiarito nella sentenza del 19 giugno 2003 in causa n. C-444/00, *Mayer Parry Recycling Ltd*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6163, punti 67 e 75.

Più complessa è l'interpretazione da attribuirsi al terzo elemento⁵³. L'incertezza è determinata dal fatto che in giurisprudenza le definizioni in merito non appaiono univoche, consentendo differenti letture interpretative.

Da un lato la Corte ha ribadito che la volontà del detentore di disfarsi viene esclusa dall'intenzione di «sfruttare o commercializzare a condizioni favorevoli, in un processo successivo»⁵⁴ i materiali in oggetto, purché siano rispettate le tre suesposte condizioni. In questo senso il giudice comunitario sembra contemplare la possibilità che il bene venga alienato, ma soprattutto che il riutilizzo possa avvenire anche nell'ambito di un processo produttivo non connesso a quello di provenienza. Tale posizione è stata avallata dalla stessa Commissione la quale, nella comunicazione interpretativa sui rifiuti e sottoprodotti⁵⁵, ha ritenuto che nel corso del processo di produzione debba avere luogo non il riutilizzo in sé, bensì la preparazione del materiale per il suo riutilizzo.

Anche gran parte della dottrina⁵⁶ si è espressa nel senso che può configurarsi il riutilizzo anche nel caso in cui vi sia una cessione del materiale ad un terzo e quindi questi lo utilizzi nell'ambito di un processo produttivo diverso.

Tale orientamento risulterebbe confermato da quanto definito dalla Corte nei casi *Saetti e Frediani*⁵⁷ e nel caso *Commissione c. Spagna*⁵⁸. In esse⁵⁹ il giudice comunitario avrebbe di fatto configurato l'esistenza di un sottoprodotto anche nel caso in cui il riutilizzo sia effettuato da un terzo.

Una diversa ricostruzione⁶⁰ delle formulazioni pretorie porta a sostenere

⁵³ Importanti ed autorevoli le considerazioni espresse in merito da V. PAONE, *I rifiuti tra presente e futuro*, in *Foro it.*, 2006, n. 4, II, c. 213 ss.

⁵⁴ Da ultimo cfr. il punto 37 della sentenza del 18 dicembre 2007 in causa n. C-263/05, *Commissione c. Italia*, cit. *supra*, nota 1.

⁵⁵ Com(2007)59, cit. *supra*, nota 12. Cfr. in particolare p. 8 ss.

⁵⁶ Cfr. tra gli altri M. MEDUGNO, *MPS e sottoprodotti: cambia lo scenario ma non la gestione operativa*, in *Ambiente*, 2008, p. 355, nonché da ultimo V. PAONE, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, cit. *supra*, nota 13, p. 215 ss.

⁵⁷ Ordinanza del 15 gennaio 2004 in causa n. C-235/02, *Saetti e Frediani*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1005.

⁵⁸ Sentenza dell'8 settembre 2005 in causa n. C- 416/02, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7487.

⁵⁹ Di questo avviso M. MEDUGNO, il quale ritiene che le pronunce *Saetti e Frediani* e *Commissione c. Spagna*, entrambe loc. cit., rappresentino una apertura "inequivocabile" in tal senso, «chiarendo che l'utilizzo del sottoprodotto possa essere effettuato anche in diverso ciclo produttivo». Cfr. M. MEDUGNO, *MPS e sottoprodotti*, cit. *supra*, nota 59, p. 351. La stessa interpretazione è condivisa da G. GARZIA, il quale sostiene che «l'unicità del processo produttivo non comporta necessariamente che la sostanza prodotta non possa essere ceduta a terzi, o comunque che terzi non possano intervenire in diverse forme nell'ambito del processo produttivo/utilizzativo inteso in senso unitario». Vedi G. GARZIA, *Corte di Giustizia, residui di produzione e nuova definizione di sottoprodotto nel «correttivo»*, in *Ambiente*, 2008, p. 347. Per una ferma interpretazione in tal senso vedi anche A. BORZI, *La "complessa" nozione di "rifiuto" del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, in *Ambiente*, 2006, p. 617 ss.

⁶⁰ In merito si ritiene opportuno sottolineare che, nel primo caso, si tratta di una ordinanza, indice del fatto che il giudice comunitario riteneva opportuno conformarsi ai principi già espressi e non introdurre di nuovi, mentre, nel secondo, nel corpo della sentenza non sembrano essere pre-

che il riutilizzo debba invece avvenire «nel corso del medesimo ciclo produttivo», così come espressamente enunciato nella sentenza *Niselli*, escludendo la possibilità di un «generico reimpiego in un qualsiasi ciclo produttivo»⁶¹.

Sul punto le sentenze in rassegna non introducono alcun esplicito elemento chiarificatore. Il giudice comunitario afferma ancora una volta che «tenuto conto dell'obbligo di interpretare in senso lato la nozione di rifiuto e tenuto conto dei principi della giurisprudenza della Corte menzionati (...), un bene, un materiale o una materia prima risultante da un processo di fabbricazione che non è destinato a produrlo può essere considerato come un sottoprodotto di cui il detentore non desidera disfarsi solo se il suo riutilizzo, incluso quello per i bisogni di operatori economici diversi da colui che l'ha prodotto, è non semplicemente eventuale, ma certo, non necessita di trasformazione preliminare e interviene nel corso del processo di produzione o di utilizzazione». Se da un lato la Corte non riprende la formula più restrittiva della sentenza *Niselli*, pur proposta dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni⁶², neanche vi è una apertura esplicita al riutilizzo da parte di un terzo soggetto dato che, ancora una volta, è menzionato solo il riutilizzo per il fabbisogno del terzo.

Una formula indubitabile non si ricava neanche dalle successive pronunce rese in materia. Ed infatti nella sentenza *Commune de Mesquieu*⁶³ la Corte

senti elementi innovativi rispetto alla ordinanza stessa ed ai precedenti. L'analisi dei casi concreti consente di sottolineare che, nelle fattispecie, il riutilizzo era eseguito comunque dal medesimo produttore svolgendo operazioni che possono essere considerate comune svolgimento del processo produttivo d'origine e solo per il fabbisogno di operatori economici diversi dal produttore medesimo. Per un commento in senso critico dell'ordinanza *Saetti e Frediani* cfr. la nota di V. PAONE, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 150 ss.; cfr. anche G. AMENDOLA, *Rifiuti, prodotti, residui e sottoprodotti: il coke di gela*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 152 e V. PAONE, *La nozione di rifiuto tra diritto comunitario e diritto penale*, cit. *supra*, nota 23.

⁶¹ Così V. PAONE, *I Rifiuti tra presente e futuro*, cit. *supra*, nota 53, c. 215. Anche nella sentenza *Niselli* vi è una premessa nella quale il giudice sembra avallare la possibilità che i beni o le sostanze siano alienate senza che per questo assumano la qualifica di rifiuto. Tuttavia il ragionamento del giudice comunitario prosegue evidenziando la necessità di interpretare la nozione di rifiuto in senso estensivo. Da ciò deriva la necessità di applicare il sistema di gestione dei rifiuti e attivare le relative procedure di controllo ogni qualvolta vi sia una interruzione potenzialmente incontrollata del processo produttivo, per scongiurare quel rischio di danni all'ambiente che può provenire da un trasporto incontrollato. A tal proposito la Corte chiarisce che se tali controlli rendono oneroso il riutilizzo questo dipende dalle disposizioni nazionali e dai sistemi amministrativi preposti. Cfr. il punto 56 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-194/05 e analogamente il punto 56 della sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-195/05, entrambe cit. *supra*, nota 1. La stessa interpretazione sembra essere sostenuta da S. MAGLIA e M. V. BALOSSO dal momento che sottolineano l'incompatibilità della vecchia formulazione dell'art. 186 del dlgs n. 152/2006 nella parte in cui ammetteva l'impiego anche in un successivo processo produttivo. Cfr. M. V. BALOSSO - S. MAGLIA, *L'evoluzione del concetto di sottoprodotto*, in *Ambiente*, 2008, p. 112.

⁶² Al punto 22 delle conclusioni presentate il 22 marzo 2007 nella causa n. C-195/05 si legge infatti che «occorre rilevare che la giurisprudenza richiede che i sottoprodotti vengano riutilizzati nel corso di un medesimo processo di produzione o di utilizzazione», riprendendo quanto sostenuto dalla Commissione. Cfr. inoltre i punti 53 ss. Le medesime argomentazioni sono inoltre richiamate nelle conclusioni relative alla causa n. C-194/05.

⁶³ Sentenza del 24 giugno 2008 in causa n. C-188/07, *Commune de Mesquieu c. Total France SA e Total International Ltd*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 4501.

giunge alla conclusione che l'olio pesante ottenuto in esito al processo di raffinazione del petrolio e venduto come combustibile non costituisce un rifiuto. Tuttavia non chiarisce se tale decisione sia motivata dall'averlo considerato un sottoprodotto o un autentico prodotto⁶⁴. Il principio espresso nella recente sentenza *Commissione c. Italia*⁶⁵ è invece pressoché analogo a quello sopra riportato per esteso.

La questione non poteva essere risolta se non a livello legislativo. Ed infatti con la direttiva n. 2008/98/Ce⁶⁶ viene normativizzata per la prima volta la nozione di sottoprodotto, fino a questo momento di esclusiva rilevazione pretoria.

L'art. 5 della direttiva in esame elenca le condizioni che devono essere soddisfatte affinché un bene o una sostanza possano essere qualificati come sottoprodotto: come aveva già indicato il giudice comunitario il riutilizzo deve essere certo e sul materiale non deve essere effettuato alcun trattamento diverso dalla normale pratica industriale. Quanto alla terza condizione⁶⁷ il legislatore comunitario ha stabilito che la sostanza o l'oggetto deve essere «prodotto come parte integrante di un processo di produzione», lasciando così libera la possibilità di alienare il bene e consentendone il riutilizzo anche all'interno di un ciclo produttivo diverso.

La disposizione precisa inoltre che l'ulteriore utilizzo deve essere «legale», e cioè la sostanza, o l'oggetto, deve soddisfare, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non deve generare impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana.

L'apparente apertura al riutilizzo da parte del terzo se da un lato consente un incremento della possibilità di riutilizzare beni e materiali, promuovendo un uso efficiente delle risorse, dall'altro desta preoccupazione in chi, seppure incoraggiando il riutilizzo, ritiene che questo debba essere comunque sottoposto ad un controllo onde scongiurare il rischio di dispersione nell'ambiente.

⁶⁴ Cfr. in particolare i punti 44 e 45 della sentenza. In particolare la Corte ribadisce l'obbligo di interpretare in maniera estensiva la nozione di rifiuto e quindi limita la qualifica di sottoprodotto ai casi in cui il riutilizzo sia non solo eventuale, ma certo, senza trasformazione preliminare e avvenga *nell'ambito del processo di produzione*. Tuttavia al punto successivo riprende un principio espresso nella sentenza *Palin Granit*, cit. *supra*, nota 14, secondo il quale costituisce un autentico prodotto la sostanza o il bene dal quale il detentore consegue un vantaggio economico. In ogni caso la definizione di sottoprodotto appare restrittiva e non fa riferimento alla commercializzazione.

⁶⁵ Causa n. C-283/07, cit. *supra*, nota 44, punto 48.

⁶⁶ Cit. *supra*, nota 10. La direttiva dovrà essere attuata dagli Stati membri entro il 12 dicembre 2010.

⁶⁷ L'art. 5 prevede anche, quale quarto requisito, che «l'ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana».

3. La giurisprudenza nazionale in materia di rifiuti

In tutte le sentenze in rassegna, ed in particolar modo in quella relativa alla norma italiana recante «un'interpretazione autentica» della nozione di rifiuto, il giudice comunitario si conforma e riprende i principi già espressi nella sentenza *Niselli*⁶⁸.

Già in quella occasione, infatti, erano stati rilevati i profili di incompatibilità tra la normativa nazionale ed il dettato comunitario; tuttavia la pronuncia veniva resa in occasione di un rinvio pregiudiziale⁶⁹, per questo motivo la Corte si limitava in effetti ad indicare come dovesse essere correttamente interpretata la nozione di rifiuto contenuta nella direttiva comunitaria.

Parte della giurisprudenza nazionale, seppur talvolta con argomentazioni discutibili, ha tentato un'interpretazione conforme delle disposizioni nazionali⁷⁰ o, comunque, ha ritenuto che non sussistesse alcun elemento di discordanza tra il disposto nazionale e quello comunitario. Diversamente, un secondo filone giurisprudenziale ha concluso per la non conformità, proponendo però diverse soluzioni.

Un primo orientamento ha infatti sostenuto che la disposizione recante un'interpretazione autentica dovesse essere disapplicata dal giudice nazionale «per fornire diretta applicazione delle pronunce della Corte di giustizia, aventi efficacia *erga omnes* ed immediatamente e direttamente applicabili da parte del giudice italiano»⁷¹.

⁶⁸ Sugli effetti della sentenza *Niselli* nel nostro ordinamento cfr. F. GIAMPIETRO, *La nozione comunitaria di rifiuto ed i suoi effetti penali*, cit. *supra*, nota 23; G. AMENDOLA, «Rifiuto»: non era autentica l'interpretazione italiana, cit. *supra*, nota 23; V. PAONE, *La nozione di rifiuto tra diritto comunitario e diritto penale*, cit. *supra*, nota 23; nonché P. GIAMPIETRO, *L'interpretazione "autentica" della nozione di rifiuto secondo la Corte di Giustizia: portata ed effetti*, articolo reperibile sul sito internet www.ambientediritto.it.

⁶⁹ A tal proposito cfr. L. DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in questa *Rivista*, 2008, p. 448 ss.

⁷⁰ Così Cassazione penale, sezione III, 11 febbraio 2003, n. 291, *Mortellaro*; Cassazione penale, sezione III, 2 ottobre 2003, n. 37508; Cassazione penale, sezione III, 13 febbraio 2003, n. 12851; Cassazione penale, sezione III, 1° giugno 2005, n. 20499. La sentenza è commentata da V. PAONE, *Il riutilizzo dei residui nella giurisprudenza di Cassazione*, in *Ambiente*, 2/2006, p. 116. Più recentemente vedi anche Cassazione penale, sezione III, n. 18364 del 7 maggio 2008. In quest'ultima la Corte ha dato una lettura restrittiva della legge n. 443 del 2001 con la quale sono stati esclusi dalla disciplina concernente i rifiuti le terre e le rocce da scavo, interpretandola nel senso che la deroga valga esclusivamente per il terriccio o la ghiaia e non anche per i materiali da scavo di strade in quanto, oltre al terriccio o la ghiaia contengono anche pezzi di asfalto o di calcestruzzo che costituiscono "pacificamente" rifiuti anche se non pericolosi.

In proposito G. AMENDOLA ritiene che il giudice nazionale sia andato talvolta oltre l'interpretazione conforme, incorrendo in realtà in una disapplicazione mascherata. Cfr. G. AMENDOLA, *Anche la Cassazione disapplica la famigerata «interpretazione autentica» della nozione di rifiuto?*, articolo reperibile sul sito internet www.dirittoambiente.it.

⁷¹ Tale posizione è stata assunta dalla Corte di cassazione penale, sezione III, in particolare nella sentenza del 27 novembre 2002, *Ferretti*. Nello stesso senso Cassazione penale, sezione III, n. 14762, 9 aprile 2002, *Amadori* e Cassazione penale, sezione III, n. 17656 15 aprile 2003, *Gonzales e altro*. In queste il giudice nazionale ha sostenuto la diretta applicabilità della nozione comunitaria in base al fatto che essa è richiamata tal quale nel regolamento n. 259/93, attualmente sostituito dal

Un secondo orientamento, invece, ha correttamente⁷² ritenuto che il meccanismo idoneo a rimediare all'incompatibilità della normativa nazionale consistesse nel rinvio della questione alla Corte costituzionale⁷³ la quale è chiamata a valutarne la legittimità in riferimento agli artt. 11 e 117 della Costituzione. Tuttavia, a causa delle repentine modifiche delle molteplici disposizioni non conformi emanate nel tempo, il giudice di legittimità ha, con l'eccezione della recentissima sentenza n. 28 del 2010, sempre concluso i giudizi con la restituzione degli atti al giudice *a quo*⁷⁴.

regolamento n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006, in *Gu-UE* n. L 190 del 12 luglio 2006, p. 1. Tuttavia tale regolamento disciplina non la gestione dei rifiuti ma il trasporto, la sorveglianza ed il controllo delle spedizioni dei rifiuti all'interno della Comunità, nonché in entrata ed in uscita dal suo territorio. Per questo motivo, più correttamente e come sottolineato dalla Cassazione nell'ordinanza del 16 gennaio 2006 n. 1414, *Rubino*, la disapplicazione può avere luogo esclusivamente in relazione alla spedizione dei rifiuti.

⁷² Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, V ed., Padova, Cedam, 2008 p. 196 ss. e R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 585 ss.

⁷³ In dottrina il rinvio alla Corte costituzionale era stato prospettato quale unica soluzione già da V. PAONE in *La nozione di rifiuto tra diritto comunitario e diritto penale*, cit. *supra*, nota 23. Sulla impossibilità per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna cfr. Cassazione penale, sezione III, sentenza 4 marzo 2005 n. 17836. La sentenza è commentata da V. PAONE, *Il riutilizzo dei residui nella giurisprudenza di Cassazione*, cit. *supra*, nota 70 e da P. GIAMPIETRO, *Nozione di rifiuto ancora sospesa tra Cassazione penale e Consulta, Elementi importanti dalla sentenza della terza Sezione 13 maggio 2005 n. 17836*, in *Ambiente & Sicurezza*, 23/2005, p. 58 ss. Il rinvio da parte della Corte di cassazione penale, sezione III, è stato invece operato con l'ordinanza del 16 gennaio 2006 n. 1414, *Rubino*. Nella fattispecie il siero di latte, escluso dal novero dei rifiuti sulla base dell'art. 14, era sicuramente da considerarsi tale secondo la definizione della direttiva, così come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria. Per questo motivo il giudice nazionale ha considerato che la fattispecie esulava da ogni possibile interpretazione adeguatrice ed ha concluso che «l'unico rimedio possibile per rimediare al *vulnus* perpetrato da una legge nazionale contro una direttiva comunitaria non direttamente applicabile è, quindi, il ricorso al giudice delle leggi». Da ultimo si segnala la sentenza della Corte di cassazione penale, sezione III, n. 14557 dell'11 aprile 2007 in cui si afferma che la definizione di sottoprodotto contenuta nell'art. 183 del dlgo n. 152 del 2006 si pone in contrasto con la definizione comunitaria di rifiuto come interpretata dalla Corte di giustizia. Tuttavia la Corte non ha sollevato la questione di costituzionalità per mancanza, nel caso di specie, della certezza del riutilizzo.

⁷⁴ Ci si riferisce in primo luogo all'ordinanza del 14 luglio 2006 n. 288 in cui la Corte costituzionale non si è pronunciata in merito alla incostituzionalità della disposizione che introduceva una «interpretazione autentica» della nozione di rifiuto ma ha concluso per la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* «ai fini di una nuova valutazione circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni sollevate alla luce dello *ius superveniens*». Alla stessa conclusione è giunta la Suprema Corte nell'ordinanza del 28 dicembre 2006 n. 458. Da ultimo si segnala l'ordinanza n. 121 del 30 aprile 2008 in cui la Corte è giunta alla medesima conclusione, senza esaminare nel merito la legittimità dell'art. 186 relativo alle terre e alle rocce da scavo.

Diverso è stato l'esito dei ricorsi effettuati dal Tribunale di Venezia, sezione distaccata di Dolo. Già in un primo ricorso il giudice del rinvio aveva ritenuto «non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 183, lett. n. quarto periodo del dlgo n. 152 del 2006 nella parte in cui prevede che le ceneri di pirite rientrano tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni di cui alla parte quarta del citato decreto legislativo, per violazione degli artt. 11 e 117 c. 1 della Costituzione». Cfr. il ricorso, con nota di L. RAMACCI, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, p. 198 ss. Tuttavia la Corte costituzionale, pronunciatisi con l'ordinanza n. 83 del 13 marzo 2008, alla luce delle modifiche introdotte con il dlgo n. 4/2008 aveva restituito gli atti al giudice rimettente affinché valutasse l'incidenza della nuova normativa sul procedimento principale.

Lo stesso rimettente, nell'ambito del medesimo giudizio a quo, ha sollevato una questione identica concernente la medesima disposizione nel testo antecedente alle modifiche introdotte col dlgo n. 4 del 2008. Con sentenza n. 28 del 2010 la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimi-

Questa era l'unica soluzione a disposizione del giudice nazionale per poter procedere ad una corretta attuazione della normativa comunitaria, dal momento che le disposizioni comunitarie in esame non sono dotate di efficacia diretta.

4. Analisi sulla compatibilità della vigente normativa interna sui rifiuti anche con riferimento alla direttiva n. 2008/98/Ce

Per quanto le sentenze in rassegna siano state rese con riferimento ad una normativa non più in vigore, la sostanziale identità di contenuti e la riproposizione nel dettato normativo nazionale di un'interpretazione troppo restrittiva della nozione di rifiuto hanno fatto sì che le pronunce in esame avessero in ogni caso un effetto sull'attività del legislatore nazionale.

La materia è attualmente disciplinata dal dlgs n. 152 del 2006⁷⁵. Il c.d. «codice dell'ambiente» ha subito nel tempo più modifiche tra cui le ultime, introdotte col dlgs n. 4 del 2008⁷⁶, innovano la disciplina anche nei punti che sono stati oggetto di attenzione della Corte di giustizia e, prima di essa, della Commissione⁷⁷.

In primo luogo viene modificata la formulazione dell'art. 185, che definisce i limiti al campo di applicazione della normativa stessa. La struttura dell'articolo riprende nuovamente lo schema della corrispondente norma della direttiva comunitaria⁷⁸: nella nuova disposizione vengono distinte le materie escluse in quanto tali da quelle che invece non rientrano nel campo di applicazione della normativa sui rifiuti in quanto regolate da altre disposizioni normative che assicurano idonea tutela ambientale e sanitaria.

La disposizione dovrà essere interpretata alla luce delle innovazioni della

tà costituzionale della disposizione in esame in quanto non conforme alla direttiva comunitaria in materia di rifiuti, parametro interposto rispetto agli artt. 11 e 117 della Costituzione.

⁷⁵ Pubblicato in *Guri* n. 88 del 14 aprile 2006, *suppl. ord.* Per un approfondimento cfr. F. GIAMPIETRO (a cura di), *Commento al Testo unico ambientale*, Milano, Ipsoa, 2006 nonché L. O. ATZORI (a cura di), *Il testo unico ambiente: commento al decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152*, Napoli, Esselibri-Simone, 2006.

⁷⁶ Pubblicato in *Guri* n. 24 del 29 gennaio 2008, *suppl. ord.* Le modifiche sono entrate in vigore il 13 febbraio 2008.

⁷⁷ Tra le altre modifiche il dlgs n. 4 del 2008 ha abrogato le disposizioni che sottraevano dalla disciplina sui rifiuti determinati rottami destinati all'impiego in attività siderurgiche e metallurgiche nonché il combustibile da rifiuti di qualità elevata (CDR-Q). In particolare il CDR-Q è una miscela prevalentemente composta dalla frazione secca dei rifiuti solidi urbani (RSU); la sua utilizzazione è principalmente in co-combustione e parziale sostituzione dei combustibili fossili tradizionali, in impianti di potenza e di produzione energetica esistenti, quali ad esempio centrali termoelettriche e cementifici. La modifica non ha però sottratto l'Italia dall'ennesima condanna per infrazione dal momento che l'abrogazione è intervenuta solo dopo che erano scaduti i termini fissati nel parere motivato. Cfr. sentenza del 22 dicembre 2008 in causa n. C-283/07, *Commissione c. Italia*, *cit. supra*, nota 44.

⁷⁸ Ci si riferisce all'art. 2 della direttiva n. 2006/12/Ce, *cit. supra*, nota 9, attualmente sostituito dall'art. 2 della direttiva n. 2008/98/Ce, *cit. supra*, nota 10.

direttiva n. 2008/98/Ce, che ha precisato che la normativa alternativa deve essere di rango comunitario⁷⁹, ciò al fine di non consentire variazioni nell'applicazione della direttiva tra i singoli Stati membri.

Il secondo comma del medesimo articolo stabilisce che ulteriori beni o sostanze, tra cui proprio le eccedenze alimentari destinate ad uso veterinario, possono essere escluse dalla disciplina in quanto sottoprodotti solo se rispettano le condizioni stabilite dall'art. 183, lett. *p*. In tal modo la disposizione si conforma al principio espresso dai giudici comunitari, dal momento che non vengono esclusi in funzione di una presunzione legale, ma a seguito di una valutazione in ordine alla sussistenza di tutti i requisiti richiesti.

Inoltre una recentissima modifica normativa⁸⁰ ha introdotto l'esclusione dalla disciplina sui rifiuti del suolo non contaminato e di altro materiale allo stato naturale scavato nel corso di attività di costruzione, ove sia certo che sarà utilizzato a fini di costruzione nel sito in cui è stato scavato. La disposizione, stavolta con una sorprendente celerità, traspone tal quale la lett. *c*. dell'art. 2 della direttiva n. 2008/98/Ce.

Riguardo la definizione di sottoprodotto il decreto correttivo ha sostituito il testo ridondante dell'art. 183, in più punti incompatibile col dettato comunitario⁸¹, con una formula più snella e sintetica, che riprende i requisiti enunciati dalla Corte di giustizia⁸².

I materiali e le sostanze di cui il detentore non intende disfarsi possono costituire dei sottoprodotti innanzitutto se non devono essere sottoposti a trattamenti preventivi o a trasformazioni preliminari e se soddisfano sin dall'inizio i requisiti merceologici e di qualità ambientale idonei a garantire che il loro impiego non dia luogo ad emissioni e ad impatti ambientali qualitativa-

⁷⁹ Il comma 2 dell'art. 2 della direttiva n. 2008/98/Ce stabilisce che «Sono esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva nella misura in cui sono contemplati da altra normativa comunitaria (...)». Una diversa interpretazione era stata effettuata sul precedente disposto normativo nella sentenza *Avesta Polarit*, cit. *supra*, nota 34.

⁸⁰ Legge n. 2 del 28 gennaio 2009, in *Guri* n. 22 del 28 gennaio 2009, *suppl. ord.*, legge di conversione, con modificazioni, al d.l. n. 185 del 28 novembre 2008 recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale, cfr. art. 20, comma 10 *sexies*.

⁸¹ La vecchia formulazione dell'art. 183, lett. *n*., stabiliva che «rientrano altresì tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni di cui alla parte IV del presente decreto le ceneri di pirite, polveri di ossido di ferro, provenienti dal processo di arrostitimento del minerale noto come pirite o solfuro di ferro per la produzione di acido solforico e ossido di ferro, depositate presso stabilimenti di produzione dismessi, aree industriali e non, anche se sottoposte a procedimento di bonifica o di ripristino ambientale». La disposizione era stata oggetto di ricorso alla Corte costituzionale; cfr. *supra*, nota 74.

⁸² In dottrina G. GARZIA ha commentato la modifica legislativa asserendo che «nel complesso si tratta di certo di un testo senza dubbio migliore rispetto al precedente anche sotto il profilo della tecnica legislativa; infatti – a differenza di quest'ultima – i criteri sono elencati in modo ordinato attraverso numeri progressivi e viene inoltre precisato che è necessaria la contestuale presenza di tutti». Cfr. in particolare G. GARZIA, *Corte di Giustizia, residui di produzione e nuova definizione di sottoprodotto nel «correttivo»*, cit. *supra*, nota 59, p. 346.

mente e quantitativamente diversi dalle corrispondenti materie prime⁸³. Il riutilizzo, secondo la nuova formulazione, deve avvenire «direttamente nel corso del processo di produzione o utilizzazione»⁸⁴. Anche la nuova disposizione si presta alla duplice interpretazione già esposta ed altalenante è l'adesione da parte della Cassazione all'una o all'altra. Tuttavia si sottolinea che recentemente la giurisprudenza ha aderito ad una lettura restrittiva di tale condizione⁸⁵.

Di certo la norma definisce più esaustivamente il requisito della certezza, stabilendo che il produttore debba individuare e definire preventivamente il processo di produzione o di utilizzazione nel quale il materiale sarà impiegato.

Di certo il produttore così come il detentore, al fine di avvalersi dell'esonero dagli obblighi relativi alla gestione dei rifiuti, deve essere in grado di fornire rigorosa prova della sussistenza di ogni requisito. Tale non può essere la mera dichiarazione del produttore o del detentore controfirmata dal titolare dell'impianto dove avviene il riutilizzo⁸⁶, dal momento che la stessa Corte di giustizia ha affermato che non è idonea a dimostrare l'effettivo utilizzo⁸⁷.

Si auspica a tal proposito che idonee norme integrative dispongano un obbligo di comunicazione preventiva alle autorità competenti dei tipi e dei quantitativi di sottoprodotti che si intendono riutilizzare, nonché degli stabilimenti nei quali si intende procedere. Una tale misura garantirebbe la tracciabilità del sottoprodotto e faciliterebbe il controllo da parte delle autorità competenti in merito all'effettivo rispetto delle regole in materia.

Proprio nel nostro Paese, purtroppo spesso (teatro dello smaltimento ille-

⁸³ Sul punto V. PAONE ha sottolineato che «il requisito di assenza di pregiudizio per l'ambiente andrebbe inteso nel senso che il processo, nel quale si riutilizza il sottoprodotto, che, giova ricordarlo, è pur sempre un materiale residuale normalmente qualificabile come rifiuto, non dovrebbe provocare emissioni superiori ai limiti stabiliti per le attività in cui quelle stesse sostanze sono recuperate come rifiuti a pieno titolo» (cfr. V. PAONE, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, cit. *supra*, nota 13, p. 233).

⁸⁴ Così il punto 2. della lett. p. dell'art. 183.

⁸⁵ Cfr. Cassazione, III sezione penale, sentenza 21 dicembre 2006, n. 14557, *Palladino*, in *Foro it.*, 2008, II, c. 225 con nota di V. PAONE. La Corte ha affermato che «del resto – secondo l'approccio ermeneutico della giurisprudenza comunitaria, che confligge sul punto con la filosofia del legislatore italiano – se il riutilizzo avvenisse in un diverso ciclo produttivo vorrebbe dire che il produttore ha inteso "disfarsi" del residuo per commercializzarlo o comunque cederlo a terzi per la riutilizzazione». *Contra* Cassazione, III sezione penale, sentenza 4 aprile 2007, n. 20468 in cui la Corte conclude che «la nozione di "sottoprodotto" da lavorazione, che esclude per determinati materiali la natura di "rifiuto", è strettamente collegata alla prova positiva della destinazione, senza necessità di ulteriore trasformazione dei materiali stessi all'impiego nel ciclo produttivo aziendale o alla destinazione a terzi per l'impiego diretto».

⁸⁶ Così alla lett. n. dell'art. 183 del dlgs n. 152/2006 prima delle modifiche intervenute con il dlgs n. 4/2008.

⁸⁷ La Corte nella sentenza *Commissione c. Italia*, causa n. C-195/05, cit. *supra*, nota 1, al punto 48 ha difatti precisato che «la sola volontà di destinare tali materiali alla menzionata produzione, anche qualora sia previamente attestata in forma scritta, non è equiparabile al loro effettivo utilizzo a tale scopo». In proposito la Commissione, nella comunicazione al Parlamento europeo ed al Consiglio, cit. *supra*, nota 12, ha ritenuto che la certezza del riutilizzo potrebbe essere invece provata mediante contratti a lungo termine. Cfr. *supra*, nota 49.

cito dei rifiuti e) protagonista di numerose procedure d'infrazione, misure più stringenti si rendono necessarie per garantire che, come dispone l'art. 13 della direttiva in esame, la gestione dei rifiuti sia effettuata senza danneggiare la salute umana e senza recare pregiudizio all'ambiente⁸⁸.

Ed infatti, se anche l'attuale normativa può considerarsi «sostanzialmente conforme alla direttiva comunitaria»⁸⁹, è necessario che siano adempiuti in concreto gli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario: da un lato promuovendo un uso efficiente delle risorse⁹⁰, dall'altro assicurando, anche attraverso idonee norme attuative, che l'ambiente venga preservato da ogni possibile pregiudizio.

Flavia Rolando*

⁸⁸ Riferimento all'art. 13 della direttiva n. 2008/98/Ce, che riprende l'art. 4 della direttiva n. 2006/12/Ce. In particolare, secondo tale disposizione, la gestione dei rifiuti deve essere effettuata *a.* senza creare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo, la flora o la fauna; *b.* senza causare inconvenienti da rumori od odori e *c.* senza danneggiare il paesaggio o i siti di particolare interesse. L'importanza del ruolo svolto dalle autorità (soprattutto) giudiziarie degli Stati membri nella risoluzione dei problemi concernenti le esigenze di tutela del paesaggio che possono sorgere quando vengono in rilievo anche esigenze di tutela dell'ambiente è stata recentemente sottolineata da F. CAPELLI con particolare riferimento alle problematiche riguardanti il settore delle fonti energetiche rinnovabili. Cfr. F. CAPELLI, *Energie rinnovabili: normativa e compatibilità ambientale*, in questa *Rivista*, 2008, p. 857 ss.

⁸⁹ Così Corte di cassazione penale, sez. III, sentenza depositata il 18 dicembre 2008, n. 47085/08.

⁹⁰ Cfr. l'art. 4 della direttiva n. 2008/98/Ce che specifica l'ordine di priorità della normativa e della politica in materia di prevenzione e gestione dei rifiuti.

* Dottore in giurisprudenza, perfezionata in «Diritto comunitario: la tutela dei diritti» / Università degli Studi di Napoli Federico II.

**IL RIFIUTO DELLO STATO MEMBRO DI CITTADINANZA
DI UN MINORE DI RICONOSCERE IL COGNOME ACQUISITO
NELLO STATO MEMBRO DI NASCITA E RESIDENZA
DEL MEDESIMO OSTACOLA LA LIBERA CIRCOLAZIONE
DELLE PERSONE**

**Corte di giustizia (Grande Sezione)
Sentenza del 14 ottobre 2008 in causa n. C-353/06***

Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul, con l'intervento di: Leonhard Matthias Grunkin-Paul, Standesamt Niebüll

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 12 e 18 CE - Divieto di discriminazione - Libertà di circolazione e soggiorno - Norme di diritto internazionale privato in materia di cognomi - Minore nato e residente in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza - Diniego dello Stato di cittadinanza di riconoscimento del cognome acquisito nello Stato di nascita e residenza - Ostacolo alla libera circolazione delle persone.

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 nascita.

(Omissis) **In diritto**

Causa principale e questione pregiudiziale *(Omissis)*

Sulla questione pregiudiziale

14. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 12 CE e 18 CE ostino al fatto che le autorità competenti di uno Stato membro

* In *Raccolta*, 2008, I, p. 7639 ss. In argomento v. *infra*, p. 745 ss., il commento di *MARINA CASTELLANETA*.

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 nascita.

Sull'ambito di applicazione del Trattato CE

15. *In limine*, occorre constatare che la situazione del piccolo Leonhard Matthias rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato CE.

16. Infatti, sebbene allo stato attuale del diritto comunitario le norme che disciplinano il cognome di una persona rientrino nella competenza degli Stati membri, questi ultimi, nell'esercizio di tale competenza, devono tuttavia rispettare il diritto comunitario, a meno che non si tratti di una situazione interna che non ha alcun collegamento con il diritto comunitario (v. sentenza 2 ottobre 2003, causa n. C-148/02, *Garcia Avello*, *Raccolta*, I, p. 11613, punti 25 nonché 26 e giurisprudenza citata).

17. Ebbene, la Corte ha già dichiarato che un siffatto collegamento con il diritto comunitario esiste nel caso di figli che siano cittadini di uno Stato membro e al contempo soggiornino legalmente nel territorio di un altro Stato membro (v. sentenza *Garcia Avello*, *cit.*, punto 27).

18. Pertanto, in linea di principio, il piccolo Leonhard Matthias può a buon diritto invocare, nei confronti dello Stato membro di cui è cittadino, il diritto conferito dall'art. 12 CE di non subire una discriminazione basata sulla sua cittadinanza, nonché il diritto, sancito dall'art. 18 CE, di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Sull'art. 12 CE (Omissis)

Sull'art. 18 CE (Omissis)

23. Occorre infatti rammentare che la Corte ha già dichiarato, per quanto riguarda i figli in possesso della cittadinanza di due Stati membri, che una situazione di diversità di cognomi è tale da generare per gli interessati seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti, in particolare, dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza (sentenza *Garcia Avello*, *cit.*, punto 36).

24. Siffatti seri inconvenienti possono presentarsi allo stesso modo in una situazione come quella di cui alla causa principale. Infatti, a tale proposito poco importa se la diversità dei cognomi è conseguenza della doppia cittadinanza degli interessati o della circostanza che, nello Stato di nascita e di residenza, la determinazione del cognome è collegata alla residenza, mentre nello Stato di cui questi ultimi possiedono la cittadinanza tale determinazione è collegata alla cittadinanza.

25. Come rileva la Commissione, numerose azioni della vita quotidiana, sia nel settore pubblico sia in quello privato, richiedono la prova dell'identità, prova che di norma è fornita dal passaporto. Poiché il piccolo Leonhard Matthias possiede unicamente la cittadinanza tedesca, il rilascio del detto documento rientra esclusivamente nella competenza delle autorità tedesche. Ebbene, qualora queste ultime si oppongano al riconoscimento del cognome così come esso è stato determinato e registrato in

Danimarca, a tale bambino verrà rilasciato dalle dette autorità un passaporto nel quale figurerà un cognome diverso da quello che egli ha ricevuto in quest'ultimo Stato membro.

26. Di conseguenza, ogni volta che l'interessato dovrà dimostrare la sua identità in Danimarca, Stato membro in cui è nato e risiede sin dalla nascita, egli rischia di essere obbligato a dissipare dubbi sulla sua identità e ad allontanare sospetti di falsa dichiarazione suscitati dalla divergenza tra, da una parte, il cognome che egli utilizza da sempre nella vita quotidiana – che compare sia nei registri delle autorità danesi sia in tutti i documenti ufficiali che lo riguardano redatti in Danimarca, come, tra l'altro, l'atto di nascita – e, dall'altra parte, il cognome che figura sul suo passaporto tedesco.

27. Inoltre, la quantità di documenti – in particolare attestati, certificati e diplomi – dai quali emerge una divergenza per quanto riguarda il cognome dell'interessato rischia di aumentare nel corso degli anni, in quanto il bambino ha un rapporto molto stretto sia con la Danimarca sia con la Germania. Dal fascicolo emerge infatti che egli, pur vivendo principalmente con la madre in Danimarca, soggiorna regolarmente in Germania per visitare il padre, che vi si è stabilito dopo il divorzio.

28. Orbene, ogni volta che il cognome utilizzato in una situazione concreta non corrisponde a quello che figura nel documento presentato come prova dell'identità di una persona – in particolare per fruire di una qualsiasi prestazione o di un qualsiasi diritto, oppure per attestare il superamento di prove o l'acquisizione di capacità – o che il cognome che figura in due documenti presentati congiuntamente non è lo stesso, una siffatta divergenza di cognome è idonea a suscitare dubbi in merito all'identità di tale persona e all'autenticità dei documenti prodotti o alla veridicità dei dati in essi contenuti.

29. Un ostacolo alla libera circolazione come quello risultante dai seri inconvenienti descritti ai punti 23-28 della presente sentenza può essere giustificato solo se è basato su considerazioni oggettive e se è adeguatamente commisurato allo scopo legittimamente perseguito (v., in questo senso, sentenza 11 settembre 2007, causa n. C-318/05, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, I, p. 6957, punto 133 e giurisprudenza citata).

30. Per giustificare il collegamento esclusivo della determinazione del cognome alla cittadinanza, il Governo tedesco e taluni degli altri governi che hanno presentato osservazioni alla Corte affermano, tra l'altro, che tale collegamento costituisce un criterio oggettivo che consente di determinare il cognome di una persona in modo certo e continuo, di garantire l'unicità del cognome nell'ambito della fratria e di mantenere le relazioni tra i membri di una famiglia allargata. Inoltre, tale criterio sarebbe diretto a far sì che tutte le persone che posseggono una determinata cittadinanza siano trattate allo stesso modo e ad assicurare un'identica determinazione del cognome delle persone aventi la medesima cittadinanza.

31. Orbene, nessuno dei motivi dedotti a sostegno del collegamento della determinazione del cognome di una persona alla sua cittadinanza, per quanto possano di per sé essere legittimi, merita di essere considerato talmente importante da giustificare che le autorità competenti di uno Stato membro, in circostanze come quelle della causa principale, 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 è nato e risiede sin dalla nascita.

32. Infatti, nei limiti in cui il collegamento alla cittadinanza ha lo scopo di garantire che il cognome di una persona possa essere determinato in modo continuo e stabile, occorre constatare, come ha fatto la Commissione, che, in circostanze come quelle della causa principale, siffatto collegamento sfocerà in un risultato contrario a quello voluto. In effetti, ogni volta che il figlio attraversa la frontiera tra la Danimarca e la Germania, porterà un nome diverso.

33. Quanto all'obiettivo di garantire l'unicità del cognome nell'ambito della famiglia, è sufficiente constatare che nella causa in esame non si pone un problema di questo genere.

34. Peraltro, il collegamento della determinazione del cognome di una persona alla sua cittadinanza, operato dal diritto internazionale privato tedesco, non è privo di eccezioni. È infatti pacifico che le regole di conflitto tedesche relative alla determinazione del cognome di un figlio consentono un collegamento alla residenza abituale di uno dei genitori quando questa si trova in Germania. Pertanto, un figlio che, al pari dei genitori, non possiede la cittadinanza tedesca, può tuttavia vedersi attribuire in Germania un cognome formato ai sensi della normativa tedesca quando la residenza abituale di uno dei suoi genitori si trova in Germania. Una situazione simile a quella del piccolo Leonhard Matthias potrebbe quindi verificarsi anche in Germania.

35. Il Governo tedesco asserisce inoltre che la normativa nazionale non permette l'attribuzione di cognomi composti per motivi di ordine pratico. A suo avviso, deve essere possibile limitare la lunghezza dei cognomi. Esso adduce che il legislatore tedesco ha adottato disposizioni affinché la generazione seguente non sia costretta a rinunciare ad una parte del cognome: ciò che una generazione guadagnerebbe in termini di libertà se i doppi cognomi fossero ammessi sarebbe perso dalla generazione successiva. Quest'ultima, infatti, non disporrebbe più delle stesse possibilità di combinazione a disposizione della generazione precedente.

36. Tuttavia, siffatte considerazioni di praticità amministrativa non sono sufficienti a giustificare un ostacolo alla libera circolazione come quello constatato ai punti 22-28 della presente sentenza.

37. Peraltro, come emerge dalla decisione di rinvio, la normativa tedesca non esclude *in toto* la possibilità di attribuire cognomi composti a figli di cittadinanza tedesca. Come ha confermato il Governo tedesco in udienza, infatti, quando uno dei genitori possiede la cittadinanza di un altro Stato, i genitori possono scegliere di formare il cognome del figlio secondo la normativa di tale Stato.

38. Inoltre, occorre dichiarare che dinanzi alla Corte non è stata dedotta alcuna specifica ragione eventualmente idonea ad ostare al riconoscimento del cognome del piccolo Leonhard Matthias così com'è stato attribuito e registrato in Danimarca, come ad esempio la contrarietà di tale cognome all'ordine pubblico in Germania.

39. Alla luce delle osservazioni che precedono, occorre risolvere la questione sollevata nel senso che, in circostanze come quelle della causa principale, l'art. 18 CE 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 nascita.

(*Omissis*)

LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE E NORME STATALI SULL'ATTRIBUZIONE DEL COGNOME

Sommario: *Premessa - 1. La pronuncia della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso Grunkin e Paul - 2. Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in rapporto alle norme di diritto internazionale privato - 3. Le conseguenze della libera circolazione delle persone sulle norme di conflitto e sulle disposizioni materiali interne relative all'attribuzione del cognome - 4. Il principio del mutuo riconoscimento come strumento per assicurare la circolazione delle persone - 5. L'incidenza delle sentenze della Corte di giustizia, in materia di attribuzione del cognome, sulle norme interne - 6. Osservazioni conclusive.*

Premessa

L'incidenza del diritto comunitario sulle norme di diritto internazionale privato è stata nuovamente oggetto di una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea che è intervenuta per chiarire la portata della libera circolazione delle persone sugli effetti provocati dall'operatività di norme di diritto internazionale privato che, attraverso il richiamo alla legge nazionale, rinviano a ordinamenti statali che dispongono limiti all'utilizzo del doppio cognome¹.

¹ Sui rapporti tra norme di conflitto e principi comunitari, si veda M. FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil la Haye*, 1995, vol. 253, p. 25 ss., in particolare, sulle fattispecie attinenti ai diritti della persona, p. 85 ss. Per lo studioso, «Qu'une matière relève de la compétence des Etats n'empêche ni qu'elle puisse occasionner des entraves aux échanges, ni que la Communauté puisse, en cas de besoin, agir en vue de faciliter la liberté de circulation» (p. 88). Di conseguenza, aspetti che rientrano nella competenza del diritto interno, possono essere rilevanti ai fini della libera circolazione. Per quanto riguarda il ruolo della Corte di giustizia, si veda, da ultimo, M. FALLON, *L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, vol. II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 331 ss.

Cfr. anche L. RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1993, p. 402 ss., in specie p. 410, il quale sostiene che i principi che regolano il mercato unico non hanno modificato il fondamento del sistema di conflitto dei vari Stati, anche se «ces principes peuvent au moins dans certains cas exercer une certaine influence sur le fonctionnement de ces règles», sia per la determinazione della *lex causae*, sia limitando l'utilizzo dell'ordine pubblico.

Con la sentenza depositata il 14 ottobre 2008 (causa n. C-353/06, *Grunkin e Paul*), la Corte di giustizia ha precisato, infatti, le modalità in base alle quali alcune norme del TCE possono limitare il funzionamento delle disposizioni di diritto internazionale privato di uno Stato membro riguardanti l'attribuzione del cognome che richiamano norme materiali le quali non tengono conto del cognome assegnato sulla base dell'ordinamento di un altro Stato membro².

Tale pronuncia, da un lato, consolida l'orientamento seguito dalla Corte nella sentenza *Garcia Avello*³, resa il 2 ottobre 2003 (causa n. C-148/02)⁴, con

Sull'incidenza di ordinamenti sovranazionali come quello comunitario o del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul diritto internazionale privato si veda G. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra i due sistemi*, in G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 1 ss.; L. D'AVOUT, commento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 giugno 2007 (ricorso n. 76240/01, *Wagner c. Lussemburgo*), in *Journ. dr. int.*, 2008, p. 183 ss., in specie p. 187, il quale ritiene che le disposizioni sovranazionali che affermano il divieto di non discriminazione «doivent être maniées avec précaution, spécialement lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des règles de droit international privé. La maître mot doit être celui-ci: ne pas chercher à comparer ce qui n'est pas comparable; ne surtout pas assimiler, aux fins du test de non-discrimination, les situations internes aux situations internationales».

Su tale sentenza si veda L. TOMASI, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 891 ss.; P. PIRRONE, *Limiti e "contro limiti" alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2009, p. 151 ss., in specie p. 160, secondo il quale la Corte europea, «pur mostrando una preferenza ("relativa") per la continuità e la stabilità delle situazioni giuridiche individuali, non ritiene che il rispetto della Convenzione imponga agli Stati parti il riconoscimento generalizzato dei provvedimenti stranieri, né l'abolizione di controlli a tal fine».

² Si veda F. BOULANGER, *Le nom de l'enfant, prérogative individuelle dans un contexte international*, in *Recueil Dalloz*, 2009, p. 845 ss.; C. HONORATI, *Free Circulation of Names For EU Citizens?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 379 ss.; P. LAGARDE, commento alla sentenza, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2009, p. 86 ss.; J. LONG, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sul cognome dei cittadini europei*, in *Nuova giur. civ. Comm.*, 2009, p. 272 ss.; M. D. ORTIZ VIDAL, *El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, 1, p. 143 ss., reperibile nel sito internet <http://www.uc3m.es/cdt>; G. ROSSOLILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 2009, in specie p. 214 ss.; E. M. MAGRONE, *Il riconoscimento parziale delle generalità limita la libertà di movimento e soggiorno*, in *Guida al Diritto/Diritto comunitario e internazionale*, 2008, n. 6, p. 44 ss.

Sulla questione del diritto al nome è stato presentato un nuovo rinvio pregiudiziale da parte del Vilniaus Miesto 1 Apylikes Teismas (Lituania) il quale ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se gli artt. 12 e 18 del Trattato, nonché la direttiva n. 2004/43/Ce devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale stabilisce che i nomi e i cognomi delle persone «possono essere scritti in documenti attestanti lo stato civile utilizzando unicamente le lettere della lingua ufficiale» (causa n. C-391/09, in *Gu-Ue* n. C 312 del 19 dicembre 2009, p. 20 s.).

³ La sentenza è pubblicata in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613 ss. e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 58.

La vicenda è nota: il signor Garcia Avello, cittadino spagnolo, e la moglie, di nazionalità belga, residenti in Belgio, avevano avuto due figli ai quali era stata trasmessa sia la cittadinanza spagnola che quella belga. Ai bimbi era stato attribuito il cognome paterno in base al diritto belga. I genitori avevano presentato istanza di cambiamento del cognome, uniformandosi all'usanza spagnola che prevede la trasmissione ai figli, da parte di una coppia coniugata, del cognome del padre seguito da quello della madre. L'istanza era stata respinta e la questione era poi arrivata al Consiglio di Stato che aveva sospeso il procedimento e aveva chiesto alla Corte di giustizia di precisare l'incidenza della cittadinanza europea e del principio della libertà di circolazione delle persone sulle disposizioni di conflitto belghe che fanno prevalere, in caso di doppia cittadinanza, quella del foro.

⁴ Cfr., tra gli altri, anche con specifico riferimento alla sentenza *Garcia Avello*, F. MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 347 ss., in specie p. 361; T. ACKERMANN, commento alla sentenza *Avello*, *CMLR*, 2007, p. 141 ss.; R. BARATTA, *Verso la "co-*

la quale i giudici comunitari avevano rimosso il limite all'operatività delle disposizioni comunitarie in relazione alle norme di conflitto (anche grazie alle modifiche del TCE), per situazioni che presentano un elemento di transnazionalità, limite precedentemente affermato nella pronuncia del 10 giugno 1999 (causa n. C-430/97, *Johannes*)⁵, secondo cui l'art. 6 (poi art. 12 e oggi, con il Trattato di Lisbona, art. 18 TFUE), che vieta ogni discriminazione fondata sulla nazionalità, era limitato all'ambito di applicazione del Trattato, nel quale non rientravano le disposizioni di diritto internazionale privato e le norme nazionali di diritto civile che determinano gli effetti del divorzio⁶. Dall'altro lato, la pronuncia *Grunkin e Paul* estende l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle questioni attinenti allo *status* dei cittadini comunitari chiarendo, peraltro, che detto principio opera come limite all'applicazione delle norme di conflitto nazionali nel caso e nella misura in cui queste ultime producano effetti contrari ai principi comunitari⁷, precludendo l'esercizio del-

munitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 573 ss., in specie p. 587; T. BALLARINO - B. UBERTAZZI, *On Avello and other judgments: a new point of departure in the conflict of laws?*, in *YB. Priv. Int. L.*, 2004, p. 85 ss.; E. CASTORINA, *Il caso "Garcia Avello" innanzi alla Corte di giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea*, in *Giur. it.*, 2004, c. 2011 ss.; A. ILIOPOULOU, *What's in a name? Citoyenneté, égalité et droit au nom. A propos de l'arrêt Garcia Avello*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2004, p. 565 ss.; P. LAGARDE, *commento alla sentenza in Rev. crit. dr. int. priv.*, 2004, p. 192 ss.; A. LANG, *Cittadinanza dell'Unione, non discriminazione in base alla nazionalità e scelta del nome*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, I, p. 247 ss.; G. PALMERI, *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 217 ss.

La Corte di giustizia, come vedremo, si è pronunciata, sempre su una questione riguardante la determinazione del cognome, nella sentenza del 30 marzo 1993 (causa n. C-168/91, *Konstantinidis*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1191 ss. e massimata in questa *Rivista*, 1994, p. 76).

⁵ In *Raccolta*, 1997, I, p. 3475 ss. In detta sentenza la Corte di giustizia aveva stabilito che «l'art. 6 del Trattato non osta a che il diritto di uno Stato membro prenda in considerazione la nazionalità dei coniugi in quanto fattore di collegamento che consente di determinare il diritto materiale nazionale applicabile agli effetti del divorzio».

Nel caso in esame, si trattava di una controversia tra la signora Johannes e il suo ex marito, cittadini tedeschi sposati negli Stati Uniti, relativa al versamento di un'indennità compensativa dei diritti alla pensione maturati dal marito durante il matrimonio. Il divorzio era stato pronunciato in Belgio, applicando il diritto belga, in quanto legge dell'ultimo domicilio coniugale. L'*Amtsgericht* di Colonia aveva chiesto alla Corte di giustizia di chiarire gli effetti dell'art. 6 e, in particolare, se tale disposizione «osta a che il diritto di uno Stato membro che disciplina le conseguenze del divorzio tra un dipendente delle Comunità e il suo ex coniuge comporti che, in ragione della sua nazionalità, tale funzionario sopporti oneri più gravi di un dipendente di un'altra nazionalità trovantesi nella medesima situazione».

⁶ Così il par. 27 della pronuncia *Johannes*.

⁷ V. E. PAGANO, *La materia civile con implicazioni transfrontaliere e le competenze comunitarie di diritto internazionale privato*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 127 ss., per il quale «Gli interventi di dip devono poi essere rispettosi delle normative comunitarie materiali esistenti ed anche di quelle future», un'esigenza avvertita anche prima dell'attribuzione di una competenza comunitaria in tema di diritto internazionale privato, attraverso l'utilizzo di convenzioni. Sulla comunitarizzazione del diritto internazionale privato, si rinvia, tra la numerosa bibliografia esistente, a P. FOIS, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplexità circa il carattere "definitivo" del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, cit. *supra*, nota 1, p. 343 ss.; R. LUZZATTO, *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, *ivi*, p. 613 ss.; S. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato Ce sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir.*

la libera circolazione. Inoltre, seppure come conseguenza indiretta, la sentenza rafforza, come vedremo, anche alla luce di alcuni interventi dei giudici nazionali, il principio dell'unicità dello *status* personale nel territorio comunitario. Basti per ora ricordare la sentenza della Corte d'appello di Bari, sezione famiglia, del 25 febbraio 2009 nella quale i giudici, nella prima pronuncia sul riconoscimento dello *status* di figlio acquisito a seguito di maternità surrogata senza compenso, hanno disposto la trascrizione nei registri dello stato civile italiano di un *parental order* inglese che riconosce come madre quella legale (italiana, coniugata con un inglese) e non quella biologica, sia per salvaguardare l'interesse superiore del minore, sia perché «il mancato riconoscimento lederebbe certamente il diritto di libertà di circolazione, all'interno della Comunità europea, dei cittadini degli Stati membri»⁸.

Se nella sentenza *Garcia Avello*, la Corte di giustizia aveva affermato che gli artt. 12 (che vieta ogni discriminazione sulla base della nazionalità, divenuto art. 18 TFUE) e 17 (che istituisce la cittadinanza dell'Unione, con il Trattato di Lisbona art. 20) del TCE precludono alle autorità amministrative nazionali (nel caso di specie belghe) di respingere una domanda di cambiamento del cognome presentata da un genitore spagnolo per i figli minorenni residenti in Belgio, facendo prevalere la cittadinanza di quest'ultimo Stato, con la sentenza *Grunkin e Paul*, la Corte interviene per garantire la continuità nell'utilizzo di un cognome già registrato in un altro Stato membro in base a una legge applicabile diversa da quella prevista nello Stato membro di appartenenza.

Come vedremo nel prosieguo del lavoro, infatti, la Corte ha stabilito che il principio di libera circolazione delle persone, derivante dalla cittadinanza europea ex art. 18 TCE, impone, salvo casi eccezionali, alle autorità nazionali la trascrizione di un doppio cognome, già registrato in un altro Stato membro,

int. priv. proc., 2003, p. 671 ss.; P.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen*, Bruxelles, Larcier, 2003; K. BOELE-WOELKI - R. H. VAN OOIK, *The communitarization of private international law*, in *YB. Priv. Int. Law*, 2002, p. 1 ss.; C. KOTUBY, *Internal Developments and External Effects: the Federalization of Private International Law in the European Community and its Consequences for Transnational Litigants*, in *Journ. of Law and Commerce*, 2002, p. 157 ss.; M. WILDERSPIN - X. LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2002, p. 97 ss. e p. 289 ss.; J. BASEDOW, *European Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in P. BORCHERS - J. ZEKOLL (a cura di), *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Junger*, New York, Hotei Publishing, 2001, p. 175 ss.; ID., *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; J. ISRAËL, *Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse*, in *Maas-tricht Journ.*, 2000, p. 81 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, *Quel droit international privé pour l'Union Européenne?*, in P. BORCHERS - J. ZEKOLL (a cura di), *International Conflict of Laws for the Third Millenium*, loc. cit., p. 317 ss.; F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 873 ss.; C. KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1999, p. 1 ss.

⁸ La sentenza è pubblicata in *Famiglia e minori*, 2009, n. 5, p. 50 ss., con commento di M. CASTELLANETA, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*, p. 66 ss. Si veda anche C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589 ss.

anche se la legge richiamata dalle norme di conflitto in vigore nello Stato membro in cui si chiede la nuova registrazione non lo consente⁹.

Si tratta di una sentenza che, attraverso il rafforzamento del principio del mutuo riconoscimento e senza quindi essere basata sull'esistenza di un diritto dell'uomo all'identità personale (questione, d'altra parte, ancora controversa dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo), proprio per l'assenza di competenza della Corte di giustizia in questo settore, aggiunge un tassello importante nell'affermazione del principio dell'unicità dello *status* in ambito europeo per consentire l'esercizio di libertà fondamentali anche in relazione a questioni come l'attribuzione del cognome non rientranti, di per sé, nei settori di competenza comunitaria. Tale questione, infatti, non solo non è oggetto di un'apposita regolamentazione settoriale, ma è anche esclusa da alcuni regolamenti che pure si occupano di rapporti personali. Ad esempio, il regolamento n. 2201/2003/Ce del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, all'art. 1, comma 3, lett. c. esclude, dal proprio ambito di applicazione, le questioni relative ai nomi e ai cognomi del minore, in quanto riconducibili a quelle «questioni» connesse con la situazione delle persone che il *considerando* 10 del Preambolo ritiene estranee al regolamento¹⁰.

La Corte di giustizia, quindi, con quest'ultima sentenza, così come aveva fatto nel caso *Garcia Avello*¹¹, arriva a colmare i ritardi nella comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile che, se sul piano della ripartizione della giurisdizione e del riconoscimento delle sentenze ha fatto notevoli progressi attraverso l'adozione di numerosi regolamenti, sul fronte del settore del diritto internazionale privato e, in particolare nel campo dell'armonizzazione delle norme di conflitto, mostra ancora ritardi nell'ambito personale e familiare.

L'accennato ritardo potrebbe essere superato soprattutto con l'entrata in vigore – dal 1° dicembre 2009 – del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, la cui ratifica è stata autorizzata dall'Italia con l. 2 agosto 2008 n. 30¹²,

⁹ V. *infra*, par. 1. Come sottolineato dall'Avvocato Generale Sharpston, nelle conclusioni depositate il 24 aprile 2008, i genitori avevano chiesto la trascrizione di un cognome già registrato e non la registrazione di un cognome non ancora attribuito.

¹⁰ È altresì escluso il diritto di filiazione e ogni altra questione connessa «con la situazione delle persone». L'art. 10, poi, chiarisce che il regolamento non si applica «a. alla determinazione e all'impugnazione della filiazione; b. alla decisione relativa all'adozione, alle misure che la preparano o all'annullamento o alla revoca dell'adozione; c. ai nomi e ai cognomi del minore; d. all'emancipazione; e. alle obbligazioni alimentari; f. ai trust e alle successioni; g. ai provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi da minori».

¹¹ Sul ruolo della Corte di giustizia in relazione al diritto internazionale privato si veda P. BERTOLI, *The Court of Justice, European Integration and Private International Law*, in *YB. Priv. Int. Law*, 2006, p. 375 ss.; ID., *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹² Il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1° dicembre 2009, dopo l'esito positivo raggiunto con il *referendum* irlandese del 2 ottobre 2009 (il primo, nel quale vi era stata una maggioranza dei no, si era svolto il 12 giugno 2008), ottenuto anche grazie alle concessioni fatte all'Irlanda e inclu-

il quale amplia la competenza comunitaria nel campo della politica di famiglia con implicazioni transnazionali¹³, colmando una lacuna sul fronte dell'armonizzazione del diritto di famiglia¹⁴, in particolare nel settore degli *status* personali¹⁵. Anche se si tratta di una lacuna – conviene ricordarlo – in parte superata dagli interventi della Corte di giustizia in ambiti che, seppure a prima vista lontani dagli *status* personali, hanno un collegamento indiretto con talune situazioni personali¹⁶.

Resta da chiedersi quali concreti effetti possano produrre queste sentenze negli ordinamenti nazionali, in particolare nel caso in cui le norme di conflitto di uno Stato membro privilegino, nelle circostanze in cui un soggetto abbia la doppia cittadinanza, quella del foro o nel caso in cui le predette norme dispongano il richiamo a disposizioni di uno Stato membro che creano ostacoli alla produzione di effetti di un atto regolarmente formatosi in un altro Paese membro, comprimendo la libera circolazione delle persone.

Dopo aver verificato tali profili, anche con riferimento alla possibilità che proprio il diritto comunitario possa spingere i legislatori nazionali a muta-

se in un apposito protocollo adottato il 18 giugno 2009. Su tale punto si veda F. POCAR, *Per l'adesione dell'Irlanda un compromesso che indebolisce il processo di integrazione*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 30, p. 10 ss.; L. S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 993 ss. nonché, sulla cooperazione giudiziaria civile, R. BARATTA, *Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au traité de Lisbonne*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, cit. *supra*, nota 1, p. 3 ss.

¹³ L'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che sostituisce l'art. 65 TCE, prevede, al par. 3, n. 1, che il Consiglio deliberi all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, per adottare misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali. A questa procedura, che deroga a quella legislativa ordinaria, a maggioranza qualificata, fissata per le altre materie della cooperazione giudiziaria civile (art. 81, par. 2), ne è stata affiancata un'altra con la possibilità di adottare atti nel settore del diritto di famiglia in modo ordinario. Ciò può avvenire quando, su proposta della Commissione, il Consiglio (all'unanimità e previa consultazione del Parlamento) adotti una decisione «che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria».

¹⁴ Per C. HONORATI, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 3 ss., in specie p. 5, malgrado l'assenza di una competenza comunitaria nel settore della politica di famiglia «non è oggi negabile che molti atti comunitari, emanati in attuazione di specifiche politiche rientranti certamente nell'ambito di competenza della Comunità, abbiano un impatto diretto o indiretto sulle donne, sui bambini, sugli anziani e quindi, in ultimo sulla organizzazione, gestione e sviluppo della famiglia».

¹⁵ Sulle differenze esistenti negli Stati membri in relazione all'istituto familiare, si veda S. M. CARBONE - I. QUEIROLO, *Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva "invasione" degli spazi riservati alla sovranità statale*, in S. M. CARBONE - I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 1 ss. Cfr. anche A. DAVI, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 861 ss., il quale sottolinea che gli Stati sono «troppo attaccati alle proprie concezioni e tradizioni nazionali per essere disposti a rinunciare al particolarismo delle rispettive regolamentazioni materiali sostituendovi una disciplina uniforme concordata internazionalmente. La sola strada che si presenta percorribile è quella del diritto internazionale privato».

¹⁶ Come sottolineato da F. MORO, *Observations sur la communautarisation du droit de la famille*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 675 ss., in specie p. 711, «Le droit de la famille, toujours très réfractaire à toute harmonisation et notamment à la pénétration par un droit étranger, est désormais attiré dans le champ d'intervention du droit communautaire».

menti dei sistemi di attribuzione del cognome che mostrano ormai di non essere al passo con i tempi, considereremo se la sentenza *Grunkin e Paul* debba essere ascritta a un rafforzamento del diritto al nome in quanto collegato alla cittadinanza europea¹⁷, con una conseguente limitazione dell'autonomia legislativa degli Stati membri o piuttosto a un rafforzamento del principio fondamentale della libera circolazione delle persone, in ipotesi compromesso dal mancato riconoscimento del doppio cognome poiché suscettibile di ostacolare, seppure in futuro, alcune attività di carattere professionale. Con un obbligo per gli Stati, in quest'ultimo caso, di garantire effettività al principio del riconoscimento reciproco e quindi efficacia a situazioni consolidate in un altro Stato membro, senza necessità di modifiche legislative interne che pure appaiono auspicabili anche per rivedere settori disciplinati da norme fondate su principi obsoleti e per evitare casi di discriminazioni a rovescio, che potrebbero prodursi sul piano degli effetti, pur partendo da una situazione diversa nella quale non è in discussione la libera circolazione delle persone in ambito comunitario, ai quali, seppure in termini generali, il legislatore italiano ha cercato di porre rimedio con la legge comunitaria 2008 del 7 luglio 2009, n. 88¹⁸.

1. La pronuncia della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso *Grunkin e Paul*

Prima di passare ad analizzare in dettaglio le questioni indicate in precedenza, appare utile, in proposito, ricostruire la vicenda oggetto della sentenza

¹⁷ Questa tesi è stata sostenuta, anche se prima della sentenza che qui si commenta, da una parte della dottrina. Si veda L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 82 ss., in specie p. 85, per la quale «va comunque rilevata una tendenza nella giurisprudenza comunitaria a ricollegare i diritti garantiti dal trattato sempre più alla cittadinanza anziché all'esercizio effettivo della circolazione o al contenuto economico effettivo di tale esercizio». Cfr. anche E. JAYME, *Cognome e protezione dell'identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 853 ss., in specie p. 854, il quale, con riferimento al caso *Konstantinidis*, ritiene che il fondamento della decisione nella libertà di stabilimento «è assai fragile», anche se «convince l'importanza data al diritto della persona di utilizzare il suo nome senza restrizioni da parte dello Stato di residenza»; nonché A. ILIOPOULOU, *What's in a name? Citoyenneté, égalité et droit au nom. A propos de l'arrêt Garcia Avello*, cit. *supra*, nota 4, p. 578, per la quale proprio il riferimento al carattere discriminatorio nei confronti di un bambino nel caso *Garcia Avello* conferma che il trattamento dello Stato belga era incompatibile non con diritti di carattere economico, ma con lo status di cittadino europeo. V., in questa direzione, anche i richiami nelle note 24, 56 e 72.

¹⁸ «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008» (*Guri* n. 161 del 14 luglio 2009, *suppl. ord.*), il cui art. 6, n. 4, lett. d. ha modificato la l. n. 11 del 4 febbraio 2005, inserendo, dopo l'art. 14, una norma dedicata alla parità di trattamento (art. 14 bis) secondo il quale «1. Le norme italiane di recepimento e di attuazione di norme e principi della Comunità europea e dell'Unione europea assicurano la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea residenti o stabiliti nel territorio nazionale e non possono in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani. 2. Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale».

Grunkin e Paul che coinvolge, a differenza del caso *Garcia Avello* che riguardava l'attribuzione del cognome del padre spagnolo e della madre belga a due figli con doppia nazionalità (spagnola e belga), un bambino di nazionalità tedesca, nato in Danimarca, il cui cognome era stato assegnato, in conformità alla legge danese, dai genitori, cittadini tedeschi, all'epoca residenti in Danimarca. A seguito del successivo divorzio, la madre aveva continuato a vivere in Danimarca, mentre il padre era tornato in Germania e il minore, affidato alla madre, si spostava abitualmente tra i due Stati membri.

I genitori del bambino, al momento della sua nascita in Danimarca, non avevano scelto un cognome coniugale, avevano registrato il figlio all'anagrafe con il doppio cognome (Grunkin-Paul)¹⁹ e ottenuto un certificato di nascita. In applicazione della legge danese sui nomi di persona (l. 29 aprile 1981, n. 193), richiamata dalla competente disposizione del diritto internazionale privato danese che in proposito utilizza il criterio di collegamento della residenza della persona interessata, qualora i genitori non portino un unico cognome, assegnato automaticamente al figlio, marito e moglie possono scegliere di attribuirgli un doppio cognome: in pratica, al minore è assegnato il cognome di un genitore e quello dell'altro viene aggiunto come nome intermedio²⁰. Successivamente al divorzio, i due coniugi avevano chiesto all'ufficio dello stato civile della città di Niebüll, in Germania, la registrazione sul libretto di famiglia del cognome riportato nel certificato di nascita rilasciato dalle autorità danesi, ma detto ufficio si era rifiutato di procedere. Il diniego era fondato sulle disposizioni preliminari al codice civile tedesco il cui art. 10 dispone che «il cognome di una persona è disciplinato dalla legge dello Stato di cui essa possiede la cittadinanza»²¹. Poiché, come accennato, il minore, di nazionalità tedesca, non aveva acquisito anche la nazionalità danese in quanto in Danimarca la cittadinanza non è attribuita in base allo *ius soli*, secondo le autorità tedesche doveva essere applicato l'art. 1617 c.c. tedesco per il quale, nei casi in cui i genitori non portino un cognome coniugale, essi sono tenuti a scegliere un unico cognome. I genitori avevano impugnato sin dal 2003 il provvedimento di diniego della trascrizione, ma il loro ricorso era stato respinto. L'ufficio dello stato civile tedesco aveva poi deferito la questione all'*Amtsgericht* di Niebüll al fine di procedere alla designazione del familiare legittimato alla

¹⁹ In un primo tempo era stato scelto il cognome «Paul Grunkin», poi modificato.

²⁰ Il bambino era stato registrato prima con il cognome della madre «Paul» e quello del padre «Grunkin» come nome intermedio, mentre successivamente, su richiesta dei genitori, il cognome era stato cambiato in «Grunkin-Paul».

Sull'importanza del cognome ai fini dell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare si veda la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 novembre 1994 (*Stjerna c. Finlandia*, ricorso n. 18131/91), nella quale la Corte di Strasburgo ha ritenuto che lo Stato è tenuto a consentire un cambio del cognome, salvo nei casi di contrarietà all'ordine pubblico.

²¹ Sulla legge tedesca in materia di attribuzione del cognome si veda M. SCHERER, *Le nom en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2004, in specie p. 159 ss.

scelta del cognome. Tuttavia, tale giudice aveva sospeso il procedimento e si era rivolto alla Corte di giustizia la quale però, con sentenza del 27 aprile 2006 (causa n. C-96/04), aveva ritenuto di non potersi pronunciare perché il giudice del rinvio non esercitava, in quel contesto, una funzione giurisdizionale secondo quanto richiesto dall'art. 234 TCE (art. 267 TFUE)²². I coniugi avevano allora ripresentato l'istanza di trascrizione che l'ufficio di stato civile aveva nuovamente respinto. L'atto era stato impugnato dinanzi all'*Amtsgericht* Flensburg che si è rivolto alla Corte di giustizia la quale, accertato il carattere contenzioso del procedimento e la natura di organo giurisdizionale chiamato a dirimere una controversia del giudice *a quo*, ha ritenuto il ricorso ricevibile e si è pronunciata sui quesiti riguardanti l'art. 12 TCE (art. 18 TFUE) che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità e l'art. 18 TCE (art. 21 TFUE) che assicura la libera circolazione delle persone in quanto conseguenza della cittadinanza europea, oltre a chiarire gli effetti di tali disposizioni sulle norme di conflitto e sulle disposizioni interne riguardanti lo *status* personale²³.

2. Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in rapporto alle norme di diritto internazionale privato

La Corte di giustizia nella sentenza in esame è partita, come nel caso *Garcia Avello*, dalla considerazione che «le norme che disciplinano il cognome di una persona rientrano nella competenza degli Stati membri», pur sottolineando che la valutazione degli effetti dell'applicazione delle norme di conflitto, così come di quelle sostanziali, in presenza di situazioni che hanno un carattere di transnazionalità coinvolgendo più Stati membri, non sono sottratti al rispetto dei principi comunitari. Ed invero, nel caso di specie, la Corte ha ritenuto di potersi pronunciare perché le tre persone coinvolte, malgrado avessero la stessa nazionalità, vivevano in Danimarca, esercitando i diritti connessi all'attribuzione della cittadinanza europea (art. 17 TCE, art. 20 TFUE), tra i quali è compreso il diritto di circolazione e di soggiorno (art. 18 TCE, art. 21 TFUE). Dopo il divorzio, i movimenti sul territorio comunitario si erano accentuati perché il bambino viveva in Danimarca con la madre, ma si recava spesso in Germania per visitare il padre. Si tratta, quindi, secondo la Corte, di

²² Per la Corte di giustizia, l'organo remittente svolgeva funzioni di autorità amministrativa senza il compito di dirimere una controversia, con la conseguenza che detto organo non aveva le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 234. Per valutare tali caratteristiche, la Corte prende in esame un insieme di elementi «quali l'origine 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».

²³ Sull'importanza della libera circolazione, parte integrante della cittadinanza dell'Unione, sulla vita familiare, si veda la relazione del Parlamento europeo sui problemi e le prospettive concernenti la cittadinanza europea del 20 marzo 2009 (A6-0182/2009) reperibile nel sito <http://europa.eu>.

una situazione avente rilevanza comunitaria poiché basata sulla circolazione tra due Stati membri, nonostante la medesima nazionalità dei protagonisti della vicenda²⁴: in questo caso, la cittadinanza europea viene in rilievo proprio perché in grado di garantire la libera circolazione delle persone anche a un bambino, prescindendo dal requisito dello svolgimento di un'attività lavorativa o di un'attività economica.

Rispetto al primo quesito posto in relazione al divieto di ogni discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 TCE, art. 18 TFUE), la Corte di giustizia ha chiarito che la norma di conflitto tedesca non provoca alcuna discriminazione fondata sulla cittadinanza: in effetti, sia i genitori sia il bambino hanno la cittadinanza tedesca, si applica il diritto tedesco richiamato dalla norma di conflitto che prevede, per l'individuazione della legge applicabile alla scelta del cognome, la legge nazionale qualunque essa sia, senza privilegiare una cittadinanza e senza determinare differenze di trattamento fondate sulla nazionalità. Una situazione diversa rispetto alla sentenza *Garcia Avello* nella quale le autorità belghe avevano rifiutato il cambiamento di cognome di un bambino con doppia nazionalità belga e spagnola, facendo prevalere la cittadinanza belga²⁵. Una scelta che – come sottolineato dalla dottrina²⁶ – non favorisce il coordinamento tra i sistemi di diritto internazionale privato e può essere considerata il segnale di una discriminazione basata sulla nazionalità.

In quella vicenda l'applicazione del diritto comunitario era dovuta alla

²⁴ Come sostenuto da M. BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, in specie p. 500, proprio dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs nel caso *Avello*, si evince «la première logique de la citoyenneté européenne», con un'esplicazione delle conseguenze sulla libera circolazione che è «désormais attachée au statut de citoyen de l'Union, et développée dans un espace sans entraves intérieures». Per lo studioso, la Corte di giustizia «En mettant l'accent sur l'arrêt *Garcia Avello*, qu'elle a pourtant qualifié d'arrêt de circonstance, la Cour confirme qu'elle entend désormais assouplir son appréciation d'une situation strictement interne au regard du droit communautaire. L'instauration de la citoyenneté européenne permet à la juridiction communautaire d'asseoir son raisonnement, fondé désormais sur le statut fondamental accordé au citoyen européen depuis le traité de Maastricht» (p. 526).

²⁵ La legge belga del 16 luglio 2004 contenente il codice di diritto internazionale privato, all'art. 37 («Droit applicable à la détermination du nom et des prénoms»), dispone che «La détermination du nom et des prénoms d'une personne est régie par le droit de l'État dont cette personne a la nationalité. L'effet d'un changement de nationalité sur le nom et les prénoms d'une personne est régi par le droit de l'État de sa nouvelle nationalité». Secondo l'art. 38 («Droit applicable au changement de nom ou de prénoms») «Le changement de nom ou de prénoms d'une personne, par acte volontaire ou par effet de la loi, est régi par le droit de l'État dont celle-ci a la nationalité au moment du changement. Lorsque le droit de l'État dont l'un des époux a la nationalité lui permet de choisir un nom à l'occasion du mariage, l'officier de l'état civil mentionne ce nom dans l'acte de mariage». V. anche l'art. 39 («Détermination ou changement de nom ou de prénoms intervenu à l'étranger»), sul quale cfr. par. 6. La legge è riportata in J.-Y. CARLIER - M. FALLON - B. MARTIN-BOSLY, *Code de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 592 s.

²⁶ Così A. DAVI, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia*, cit. supra, nota 15, p. 885, il quale rileva che l'indicata soluzione scelta, tra l'altro, nell'art. 5 delle disposizioni preliminari del codice civile tedesco, nell'art. 9, par. 9, c.c. spagnolo e nell'art. 9 della legge austriaca di diritto internazionale privato, comporta che «negli stessi rapporti tra sistemi che convergono nel sottoporre le relazioni di diritto personale e familiare alla legge nazionale delle parti interessate, il fatto che nella situazione in esame ciascuno dia costantemente prevalenza alla cittadinanza dello Stato del foro determina inevitabilmente una difformità di disciplina».

circostanza che i figli del signor Avello erano anche cittadini spagnoli e soggiornavano legalmente in un altro Stato membro, con l'obbligo per lo Stato membro di destinazione di non limitare gli «effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro», con una piena applicazione dell'art. 12 in quanto si era determinata una discriminazione in base alla cittadinanza che deve essere impedita anche con «riferimento alle norme che disciplinano il loro cognome». Nel caso *Garcia Avello*, le autorità belghe avrebbero dovuto – per non violare il principio di non discriminazione che impone «di non trattare situazioni analoghe in maniera differente e situazioni diverse in maniera uguale» – trattare diversamente, rispetto ai cittadini che hanno un'unica cittadinanza belga, i bambini che hanno, per via paterna o materna, anche la nazionalità spagnola, che fissa regole diverse per l'attribuzione del cognome²⁷.

Nella pronuncia *Grunkin e Paul*, invece, non si è verificata una discriminazione sulla base della nazionalità perché non è venuta in rilievo l'applicazione di una pluralità di cittadinanze di Stati membri. Tuttavia, è opportuno sottolineare che, se ciò si fosse verificato, la soluzione dell'ordinamento tedesco sarebbe stata analoga a quella dell'ordinamento belga. Infatti, se è vero che l'art. 10 delle disposizioni preliminari al codice civile tedesco si limita a stabilire che il «cognome di una persona è disciplinato dalla legge dello Stato di cui essa possiede la cittadinanza», con una scelta, quindi, che appare del tutto neutra, è anche vero che l'art. 5 prevede la prevalenza, in caso di doppia cittadinanza, della legge tedesca. Una scelta che, d'altra parte, è adottata da numerosi ordinamenti e che, malgrado la pronuncia *Garcia Avello*, ha determinato l'apertura tra il 2005 e il 2006 di tre procedure d'infrazione²⁸, come ricordato nel quinto rapporto della Commissione europea del 15 febbraio 2008 sulla cittadinanza nell'Unione.

Medesima attenzione meriterebbe l'ordinamento italiano: l'art. 19 della l. n. 218/95, il quale, come è noto, prevede che, se tra due cittadinanze vi è

²⁷ V., sulle modifiche introdotte dalle legge di diritto internazionale privato belga a seguito della sentenza *Avello*, il par. n. 6.

²⁸ Così nel documento Com(2008) 85 del 15 febbraio 2008, in specie p. 9. Si veda anche l'allegato Sec(2008)197. I documenti sono reperibili nel sito <http://www.europa.eu>.

Nelle conclusioni depositate dall'Avvocato Generale Kokott il 12 marzo 2009 in causa n. C-168/08 (*Hadadi*), in relazione a una questione pregiudiziale posta dalla Corte di cassazione francese sulla determinazione della competenza giurisdizionale ai sensi del regolamento n. 2201/2003/Ce in un caso di divorzio di coniugi in possesso di nazionalità sia ungherese sia francese, con residenza abituale in Francia, è stato precisato che il giudice di uno Stato membro non può dare prevalenza alla cittadinanza del foro né alla cosiddetta cittadinanza prevalente, dovendo piuttosto tenere conto della coesistenza della molteplicità di fori prevista nello stesso regolamento. La sentenza della Corte di giustizia, non ancora pubblicata, è stata depositata il 16 luglio 2009: i giudici comunitari hanno stabilito che i tribunali nazionali, nell'applicare il regolamento n. 2201/2003, nel caso in cui i coniugi possiedano la medesima doppia cittadinanza di due Stati membri, non possono escludere che coesistano più giudici competenti di pari rango. Non può quindi essere esclusa la competenza dei giudici di uno Stato del quale la coppia ha una cittadinanza solo perché non sussistono altri criteri di collegamento, con un ulteriore limite per i giudici nazionali che non possono far prevalere la cittadinanza del foro. La sentenza è massimata in questa *Rivista*, 2009, p. 547.

quella italiana, prevalga quest'ultima, non appare in linea, dopo la sentenza *Garcia Avello*, con il diritto comunitario e soprattutto con il principio di non discriminazione²⁹. La Corte di giustizia, infatti, ha osservato che uno Stato membro «non è legittimato a limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza ai fini dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato»³⁰. Escludere rispetto a un bi-nazionale le regole di attribuzione del cognome derivanti dall'applicazione di una cittadinanza facendo così prevalere l'altra legge nazionale in quanto legge del foro, è certo in contrasto con l'art. 12 (art. 18 TFUE) che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità, anche con riferimento a un settore, come quello di assegnazione del cognome, che rientra nella competenza degli Stati³¹.

La prevalenza della cittadinanza italiana e quindi l'applicazione dell'art. 262 c.c. che, nel caso in cui il riconoscimento del figlio naturale sia effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, comporta l'assegnazione del cognome paterno³², viene in rilievo perché l'art. 24 della l. n. 218/95 riguardante

²⁹ Si veda R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, p. 163 ss., in specie 174, il quale ritiene «maggiormente coerente con il sistema comunitario (...) il criterio che attribuisce prevalenza alla cittadinanza più effettiva».

Come ricordato da S. TONOLO, *La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 957, in specie p. 968, con la sentenza *Garcia Avello* «Non si pone in dubbio il richiamo al collegamento della cittadinanza del soggetto del cui nome si tratta, ma si dispone di derogare al principio secondo il quale in caso di più cittadinanze quella del foro prevale».

³⁰ Per quanto riguarda l'incidenza di alcune pronunce della Corte di giustizia sull'art. 19 della l. n. 218/95, si veda S. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali*, cit. supra, nota 7, p. 704 s., secondo la quale già con le sentenze *Micheletti* e *Saldanha* vi era stata una limitazione del ricorso alla prima frase del comma 2 dell'art. 19 che tra due cittadinanze straniere comporta l'applicazione di quella con la quale vi è il collegamento più stretto perché «non può applicarsi al soggetto bipolite avente anche la cittadinanza di uno Stato comunitario qualora imponga un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza ai fini dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal trattato». Con la successiva sentenza *Garcia Avello* sarebbe emersa anche un'incompatibilità della seconda frase del comma 2 che afferma la prevalenza della cittadinanza italiana che «non potrà più operare automaticamente quando il concorso si verifichi con uno Stato membro della Comunità, ma si dovrà verificare se la prevalenza della cittadinanza italiana comporti una discriminazione o ostacoli la libera circolazione del soggetto stesso». Appare utile ricordare, in proposito, che nella sentenza *Micheletti* del 7 luglio 1992 in causa n. C-369/90, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4239 ss., la Corte di giustizia aveva ritenuto, in un caso riguardante l'esercizio del diritto di stabilimento in Spagna di un individuo con doppia cittadinanza italiana e argentina, che lo Stato ospitante non poteva limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un Paese membro, richiedendo un ulteriore requisito quale la residenza abituale sul territorio italiano. I passi rilevanti della pronuncia sono riportati in S. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Giuffrè, 2009, 2ª ed., p. 231 ss., nonché in B. NASCIBENE - M. CONDINANZI, *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Milano, Giuffrè, 2007, in specie, sulla giurisprudenza in tema di cittadinanza, p. 535 ss.

³¹ Per P. LAGARDE, commento alla sentenza *Garcia Avello*, cit. supra, nota 4, p. 201, la Corte di giustizia mostra una preferenza per un sistema di scelta del cognome che lascia «aux parents une certaine marge de liberté dans la formation du nom de leurs enfants ou tout au moins qui leur laisse un certain choix de la loi applicable au nom», come accade con l'art. 37 della legge svizzera di diritto internazionale privato.

³² La Corte cass., sezione I civile, nella sentenza depositata il 28 maggio 2009 n. 12670/09, ha

i diritti della personalità³³, nei quali è inclusa l'attribuzione del cognome e del nome (diritto tutelato all'art. 6 c.c.), utilizza come criterio di collegamento la legge nazionale della persona di cui si tratta, con la conseguenza che, nel caso di doppia cittadinanza, si applicherà l'art. 19 con la prevalenza, in presenza della nazionalità italiana, di quest'ultima³⁴. Una situazione che non cambia anche nei casi di applicazione delle norme di conflitto che disciplinano i rapporti di famiglia, che in genere comportano il rinvio alla legge nazionale³⁵. È il caso dell'art. 33, comma 1, l. n. 218/95 nell'ipotesi dell'attribuzione del nome al figlio, secondo il quale si applica la legge nazionale del figlio al momento della nascita³⁶, con la conseguenza che, in caso di doppia nazionalità, troverà applicazione la soluzione di cui all'art. 19 l. n. 218/95. Per completare il quadro normativo italiano, occorre poi ricordare che, per il richiamo dell'art. 2 l. n. 218/95 alle convenzioni internazionali, risulta applicabile altresì la Convenzione di Monaco del 5 settembre 1980 sulla legge applicabile ai nomi e ai cognomi³⁷, la cui ratifica è stata autorizzata con l. n. 950 del 19 no-

però stabilito che nei casi in cui il padre ha riconosciuto il figlio in epoca successiva alla nascita, il cognome materno può essere anteposto a quello paterno anche perché «i criteri di individuazione del cognome del minore si pongono in funzione esclusiva del suo interesse, che è quello di evitare un danno alla sua identità personale, intesa anche come proiezione della sua personalità sociale». Il mantenimento del cognome materno serve a garantire quel collegamento madre-figlio, alla luce anche della circostanza che il padre, per diverso tempo, si era distaccato da entrambi. La sentenza è reperibile in *Diritto e giustizia*, 4 giugno 2009, sul sito internet <http://www.dirittoegustizia.it>.

³³ Per un esame del problema della qualificazione del diritto al nome nel precedente sistema di diritto internazionale privato, che non aveva una norma specifica sui diritti della personalità, si veda G. GAJA, *Il diritto al nome nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1963, p. 73 ss., in specie p. 77. La protezione dei diritti della personalità è, poi, com'è noto, assicurata anche dagli artt. 2 e 22 Cost.

³⁴ V. S. TONOLO, *Nome nel diritto internazionale privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civile, Aggiornamento*, II, Torino, Utet, 2003, p. 931 ss., in specie p. 940, la quale sottolinea che nei casi di doppia cittadinanza, inclusa quella italiana, sarebbe stato preferibile ricorrere a quella più effettiva «individuata in base alla scelta del soggetto del cui nome si tratta, traendo spunto da quanto dispone la legge tedesca di diritto internazionale privato». In tal senso anche A. GATTINI, *Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 93 ss., in specie p. 103.

³⁵ Cfr. G. CARELLA, *Rapporti di famiglia (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 925 ss.

³⁶ Si veda A. DI BIASE, *Articolo 24 (diritti della personalità)*, in F. POCAR - T. TREVES - S. M. CARBONE - A. GIARDINA - R. LUZZATTO - F. MOSCONI - R. CLERICI (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1996, p. 123 ss., in specie p. 126, la quale ricorda che «in considerazione del *favor legitimitatis*, l'art. 33 comma 2 rinvia anche alla legge nazionale di uno dei genitori al momento della nascita, qualora in base a tale legge il figlio sia da considerare legittimo. Adottando invece il criterio della nazionalità, secondo la disciplina della convenzione di Monaco, l'attribuzione del cognome viene determinata unicamente sulla base della legge nazionale del figlio, nel momento nel quale la questione si pone davanti al giudice del foro, con la conseguenza di negare all'interessato la titolarità del cognome paterno (...)». Cfr. anche G. PALMERI, *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, cit. *supra*, nota 4, p. 228 s.

³⁷ Tale Convenzione (n. 19), negoziata nell'ambito della Commissione internazionale dello stato civile, è in vigore tra Italia, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna dal 1° gennaio 1990. Si veda A. V. M. STRUYCKEN, *La Convenzione di Monaco sulla legge applicabile ai cognomi e nomi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 573 ss. La suddetta Commissione, il 16 settembre 2005, ha approvato la Convenzione n. 31 sul riconoscimento dei cognomi, firmata solo dal Portogallo. Questi atti, insieme alla Convenzione di Istanbul relativa ai cambiamenti dei nomi e dei cognomi (n. 4) del 4 settembre 1958 (in vigore per l'Italia dal 7 dicembre 1968 e vincolante per Austria, Francia, Germania, Lus-

vembre 1984 che, nei rapporti tra l'Italia e gli altri Stati contraenti, prevede il richiamo alla legge nazionale della persona (art. 1)³⁸, senza però la previsione di una disciplina *ad hoc* per le ipotesi di doppia nazionalità poiché la suddetta Convenzione si limita a stabilire che in caso di cambiamento di nazionalità si richiamerà tale nuova legge.

Ed invero, alla luce di quanto detto, proprio nel nostro ordinamento si può determinare, in principio, una situazione analoga a quella decisa dalla Corte di giustizia: se un individuo avesse doppia nazionalità italiana e spagnola, non potrebbe seguire le regole di quest'ultimo Stato sull'attribuzione del cognome sia nel caso in cui, in quanto residente in Italia, chiedesse l'iscrizione nei registri dello stato civile italiano (in deroga quindi ai principi del caso *Garcia Avello*), sia nel caso in cui risiedesse in un altro Stato membro, avesse l'intenzione di registrare il doppio cognome e chiederne poi la trascrizione in Italia (in deroga, quindi, alla sentenza *Grunkin e Paul*).

A meno che, come vedremo, gli operatori giuridici non procedano alla disapplicazione della norma interna contraria al diritto comunitario³⁹ e agiscano tenendo conto del principio del mutuo riconoscimento (e, dal 2008, di alcune circolari del Ministero dell'interno)⁴⁰.

La prevalenza della cittadinanza del foro in caso di doppia nazionalità è disposta anche nella legge federale austriaca del 15 giugno 1978 sul diritto internazionale privato⁴¹, il cui art. 9, comma 1, prevede il richiamo della legge nazionale nei casi riguardanti lo statuto personale, disponendo altresì che «Se una persona oltre ad una cittadinanza straniera ha anche la cittadinanza austriaca, fa fede quest'ultima. Se una persona ha più cittadinanze, va applicato il diritto del paese di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto». Di conseguenza, poiché l'art. 13 stabilisce che «*l.* L'uso del nome di una persona è regolato in base al rispettivo statuto personale, qualunque sia il motivo che abbia originato l'acquisizione del nome», si potrebbe verificare una situazione analoga alla vicenda *Garcia Avello*.

È invece più conforme al principio di non discriminazione la scelta di taluni

semburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e Turchia), sono reperibili sul sito internet della Commissione internazionale dello stato civile <http://www.ciec1.org>. Sulla Convenzione di Monaco e sui rapporti con le norme di conflitto si veda anche M. BERTASO, *Diritti della personalità e diritto al nome*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2007, vol. II, p. 4023 ss.; A. ANCESCHI, *La famiglia nel diritto privato internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 377 ss.

³⁸ È opportuno ricordare che l'art. 2 dispone la portata *erga omnes* della Convenzione («la legge indicata dalla presente Convenzione viene applicata anche se si tratta della legge di uno Stato non contraente»).

³⁹ La Corte d'appello di Bari, nella citata sentenza del 25 febbraio 2009 (v. *supra*, nota 8), ha precisato che qualora fosse venuto in rilievo il principio della prevalenza della cittadinanza italiana in base all'art. 19, comma 2, detto principio doveva recedere «di fronte ai principi di diritto comunitario (...) in tema di libera circolazione delle persone fisiche e della cittadinanza (...)».

⁴⁰ V. *infra*, par. 6.

⁴¹ Tale legge è stata modificata in diverse occasioni e, da ultimo, nel 2004.

ordinamenti, come quello estone, il cui sistema di diritto internazionale privato del 27 marzo 2002 dispone che «2. Se la persona fisica ha la cittadinanza di più Stati, si applica la cittadinanza dello Stato con il quale la persona è più strettamente collegata, salvo diversamente previsto dalla presente legge»⁴² (art. 11).

Nel caso *Grunkin e Paul* non si è posta la questione della prevalenza di una cittadinanza di uno Stato membro rispetto a quella di un altro Paese membro perché tutti gli interessati avevano un'unica nazionalità, ossia quella tedesca, situazione che fa concludere alla Corte nel senso di un'assenza di una discriminazione tra due cittadinanze.

Tuttavia, a nostro avviso, la Corte di giustizia non ha sottolineato un aspetto rilevante della questione, omettendo di precisare che l'assenza di una discriminazione non impedisce una violazione del principio di parità di trattamento. In effetti, la norma tedesca finisce per trattare nello stesso modo coloro che non si trovano in una stessa situazione – ovvero cittadini tedeschi residenti in Germania che hanno provveduto alla registrazione del cognome sin da subito nel proprio Paese e cittadini che invece risiedono all'estero e quindi sono stati sottoposti alle regole dello stato civile del Paese di residenza, con la registrazione del cognome in un altro Stato⁴³ – con un risultato discriminatorio proprio a causa dell'operatività della norma di conflitto. A tal proposito, l'Avvocato Generale Sharpston, nelle conclusioni depositate il 24 aprile 2008, pur ritenendo che non vi fosse un contrasto con il principio di non discriminazione perché l'art. 10 delle disposizioni preliminari del codice civile tedesco tratta «chiaramente allo stesso modo tutte le situazioni in cui il fattore che collega una persona ad un ordinamento giuridico è la cittadinanza», ha in realtà sottolineato che la suddetta parità di trattamento non è estesa «alle situazioni in cui il fattore di collegamento è la residenza»⁴⁴.

⁴² «3. Nell'eventualità che la presente legge debba essere applicata a persone apolide, a persone la cui cittadinanza non può essere accertata oppure a rifugiati, si deve prendere in considerazione il luogo di residenza della persona invece della sua cittadinanza».

Con riferimento al nome, mancando una norma specifica, si applica l'art. 65 riguardante i rapporti tra genitori e figli, in base al quale «I rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli sono regolati dalla legge dello Stato di residenza del figlio».

⁴³ In generale, con riferimento all'incidenza del principio di non discriminazione sulla libera circolazione, si veda D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 101 ss.

Un ampio utilizzo della cittadinanza è presente anche nella legge francese n. 2002-304 del 4 marzo 2002 riguardante la trasmissione del cognome, modificata dalla legge n. 2003-516 del 18 giugno 2003, che però lascia spazio alla volontà dei coniugi. Secondo le modifiche apportate dalle suddette leggi all'art. 311-21 c. c. «En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont l'un au moins des parents est français, les parents qui n'ont pas usé de la faculté de choix du nom dans les conditions du précédent alinéa peuvent effectuer une telle déclaration lors de la demande de transcription de l'acte, au plus tard dans les trois ans de la naissance de l'enfant. Le nom dévolu au premier enfant vaut pour les autres enfants communs. Lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants» (Gli atti sono reperibili nel sito internet <http://www.legifrance.gouv.fr>).

⁴⁴ In particolare, ad avviso dell'Avvocato Generale, per realizzare il principio della parità di trattamento, «se una situazione non è meramente interna ad uno Stato membro ma coinvolge l'eser-

Pertanto, se nella sentenza *Garcia Avello* la Corte di giustizia ha ritenuto che la stessa prevalenza della cittadinanza dello Stato membro del foro rispetto a quella di un altro Stato membro ha un immediato carattere discriminatorio in un certo senso spingendo gli Stati verso modifiche delle norme di conflitto interne, con l'effetto di limitare le scelte di politica legislativa del legislatore nazionale, nel caso *Grunkin e Paul* rimane intatta l'autonomia degli Stati⁴⁵, che sono liberi di scegliere il criterio di collegamento da applicare a una fattispecie con elementi di estraneità, con un limite, però, sul piano dell'operatività delle norme di conflitto perché gli operatori giuridici interni devono tenere conto dei provvedimenti ottenuti in un altro Stato sulla base dell'utilizzo di un diverso criterio di collegamento, con un evidente rafforzamento del principio del mutuo riconoscimento.

Se, quindi, dalla suddetta libertà di scelta degli Stati membri deriva, proprio a causa della mancata armonizzazione delle norme di conflitto in numerosi settori, la legittimità del comportamento del legislatore tedesco che decide di utilizzare il criterio di collegamento della cittadinanza e di quello danese che opta per il criterio della residenza, senza alcun contrasto con i principi comunitari, una contrarietà con il diritto comunitario può verificarsi sul piano degli effetti. Ed invero, un bambino tedesco nato in uno Stato membro che utilizza il criterio del collegamento della residenza per l'attribuzione del cognome, correrà sempre il rischio di non vedersi riconoscere il cognome, pur rispettando le regole dello Stato membro nel quale risiede. In questo senso, la norma tedesca non tratta nello stesso modo colui che ha un cognome attribuito in base alla legge tedesca e colui che lo ha ricevuto in ossequio alla legge di un altro Stato membro. Pertanto, principi quali libera circolazione delle persone e mutuo riconoscimento intervengono a limitare gli effetti di una norma interna in grado di compromettere la corretta applicazione del diritto comunitario. Anche se quest'ultimo, come vedremo, rischia di produrre un effetto negativo con la possibilità del verificarsi di una discriminazione a rovescio in quanto un cittadino tedesco residente all'estero potrebbe scegliere per il figlio un dop-

cizio di un diritto garantito dal Trattato Ce, un collegamento al diritto di un altro Stato membro non deve essere trattato diversamente a seconda che sia (ai sensi del diritto di tale altro Stato membro) fondato sulla cittadinanza o sulla residenza» (par. 69).

Per un'analisi della posizione dell'Avvocato Generale si rinvia a C. HONORATI, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, cit. supra, nota 1, p. 473 ss. Si veda anche R. MICHAELS, *The New European Choice-of-Law Revolution*, in *Tulane Law Rev.*, 2008, p. 1607 ss., in specie p. 1633 ss.

⁴⁵ Per l'Avvocato Generale Sharpston, «Finché non esisterà una normativa uniforme, spetta agli Stati membri decidere quale fattore di collegamento utilizzare in sede di determinazione del diritto applicabile al nome di una persona, previo rispetto del diritto comunitario nell'esercizio di tale competenza» (par. 66). Tuttavia, «Mentre il mero fatto di optare per l'impiego del criterio della cittadinanza piuttosto che della residenza (o viceversa) quale fattore di collegamento non viola in sé il principio della parità di trattamento nel diritto comunitario, il rifiuto di riconoscere gli effetti di provvedimenti validi per un altro ordinamento giuridico utilizzando un altro fattore di connessione sembra configurare una violazione» (par. 67).

pio cognome e trascriverlo nel libretto di famiglia tedesco grazie a un certificato ottenuto nel Paese di residenza, mentre l'individuo con nazionalità tedesca residente in Germania non potrebbe usufruire di una simile possibilità.

Una circostanza che deve condurre, a nostro avviso, a una revisione della legislazione interna al fine di estendere i diritti che derivano dal principio di effettività del diritto comunitario ai cittadini Ue in relazione a situazioni transnazionali anche a contesti diversi proprio per evitare discriminazioni a rovescio.

3. Le conseguenze della libera circolazione delle persone sulle norme di conflitto e sulle disposizioni materiali interne relative all'attribuzione del cognome

Respinta l'ipotesi di una discriminazione in base alla nazionalità, la Corte di giustizia ha invece ritenuto che l'applicazione della normativa materiale tedesca richiamata dalle norme di conflitto determina un contrasto con la libera circolazione delle persone, diretta conseguenza della cittadinanza europea affermata all'art. 17 TCE (art. 20 TFUE)⁴⁶. Per la Corte, infatti, tale libertà incide anche su settori che non rientrano direttamente nella competenza comunitaria (come nel caso dell'attribuzione del cognome) laddove una norma interna, pure in sé non discriminatoria a differenza delle disposizioni venute in rilievo nel caso *Garcia Avello*, produce conseguenze in grado di ostacolare la suddetta libertà⁴⁷.

Ed invero, il cittadino tedesco che in base alla legge di un altro Stato membro ha acquisito un determinato cognome, tornando in patria, secondo l'art. 10 delle disposizioni preliminari del codice civile tedesco, deve di fatto cambiare il proprio cognome o comunque utilizzare documenti con cognomi diversi. Appare evidente che, in questo modo, il cittadino comunitario si trova in possesso di documenti divergenti con la conseguenza – osserva la Corte di giustizia – di dover dissipare continuamente dubbi sulla propria identità e sull'autenticità dei documenti stessi. Si verificano, in questo modo, una serie di inconvenienti nell'attuazione della libera circolazione delle persone, sul piano professionale e sul piano privato, con effetti su larga scala, considerando che,

⁴⁶ Come sostenuto da B. NASCIMBENE, *Article I-10*, in L. BURGORGUE-LARSEN - A. LEVADE - F. PICOD (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 164 ss., in specie p. 171, «Le droit de circulation et de séjour est l'une des expressions les plus typiques dudit *status* [di cittadino], la disposition le prévoyant étant dotée de l'effet direct».

⁴⁷ Come sottolineato da S. M. CARBONE - I. QUEIROLO, *Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva "invasione" degli spazi riservati alla sovranità statale*, cit. *supra*, nota 15, in specie p. 26, «La Corte di giustizia, pur a fronte dell'assenza di norme comunitarie che uniformano il diritto internazionale privato degli Stati membri, ricava limiti all'applicazione della legislazione nazionale sia dal complesso dei principi ispiratori dello spazio giudiziario europeo, sia dalle norme materiali contenute nel Trattato CE». Proprio grazie all'operatività dei principi comunitari la Corte «ha impedito l'applicazione integrale di una norma di conflitto nazionale» (gli autori si riferiscono al caso *Garcia Avello*).

come risulta dal quinto rapporto della Commissione europea sulla cittadinanza dell'Unione europea, al 1° gennaio 2006, ben 8,2 milioni di cittadini comunitari hanno esercitato il diritto di risiedere in un altro Stato membro, diverso da quello della nazionalità⁴⁸. Di conseguenza, se la norma di conflitto dello Stato membro di appartenenza, pure in sé non discriminatoria, produce questo effetto e se le autorità amministrative di detto Stato non tengono conto dell'avvenuta applicazione di una norma di diritto internazionale privato di un altro Stato membro che prevede per la stessa fattispecie un diverso criterio di collegamento, si vanifica l'obiettivo dell'art. 18 TCE (art. 21 TFUE).

Diversi ordinamenti, d'altra parte, pongono limiti alla trascrizione di decisioni amministrative sulla scelta del cognome, come vedremo con particolare riferimento all'Italia nel prosieguo del lavoro⁴⁹. A titolo di esempio, basti ricordare che la legge belga di diritto internazionale privato⁵⁰, all'art. 39 riguardante la «scelta o cambiamento del cognome o dei nomi intervenuto all'estero», dispone che una decisione giudiziaria o amministrativa straniera riguardante la scelta o il cambiamento del cognome o dei nomi di una persona non è riconosciuta in Belgio in taluni casi tra i quali l'art. 25, n. 2, include l'ipotesi in cui la scelta del cognome non è conforme al diritto belga se la persona era cittadina belga al momento di tale determinazione⁵¹.

Resta poi da vedere se il rifiuto di trascrizione del documento danese, che costituisce il vero ostacolo alla libera circolazione, possa essere giustificato secondo il diritto comunitario e quindi legittimare un eventuale ostacolo alla libera circolazione.

Sotto questo profilo, la Corte di giustizia ha formulato talune osservazioni critiche sulla politica legislativa degli Stati membri, respingendo le giustificazioni fornite dagli Stati che hanno scelto un criterio di collegamento in grado di precludere la libera circolazione. È vero – riconosce la Corte – che il criterio di collegamento della cittadinanza per stabilire il cognome può garantire «che il cognome di una persona possa essere determinato in modo continuo e stabile», ma proprio nel caso di specie raggiunge un risultato del tutto contrario rispetto alle esigenze di stabilità invocate a sostegno della norma tedesca perché «ogni volta che il figlio attraversa la frontiera tra la Danimarca e

⁴⁸ V. *supra*, nota 23, nonché il rapporto dell'Eurobarometro sulla cittadinanza europea del febbraio 2008.

⁴⁹ V. *infra*, par. 5.

⁵⁰ J.-Y. CARLIER - M. FALLON - B. MARTIN-BOSLY, *Code de droit international privé*, cit. *supra*, nota 25.

⁵¹ Si veda l'art. 39 che vieta il riconoscimento anche se «1. en cas de changement par acte volontaire, cette personne était belge lors du changement, à moins que le nom obtenu soit conforme aux règles relatives à la détermination du nom applicables dans l'Etat membre de l'Union européenne dont la personne possède également la nationalité (...); 3. dans les autres cas, cette détermination ou ce changement n'est pas reconnu dans l'Etat dont cette personne a la nationalité».

la Germania porterà un nome diverso»⁵².

Tale affermazione è quindi orientata a valorizzare il principio del mutuo riconoscimento che consente di superare gli ostacoli di volta in volta frapposti dall'applicazione di criteri di collegamento che, pur senza essere discriminatori, compromettono l'effettiva attuazione della libera circolazione.

La Corte di giustizia, inoltre, non condivide la posizione della Germania secondo la quale vi sarebbero ostacoli di carattere pratico nell'attribuzione del doppio cognome a causa della sua lunghezza e dell'inopportunità di costringere la generazione seguente ad abbandonare una parte del cognome⁵³. Queste esigenze di mero carattere pratico, come è ovvio, non sono giustificazioni valide e idonee a limitare la libera circolazione, tanto più tenendo conto della circostanza che il Governo tedesco non ha eccepito esigenze di ordine pubblico che, in ogni caso, avrebbero dovuto rispettare il principio di proporzionalità⁵⁴. Già nella sentenza *Garcia Avello*, la Corte aveva ritenuto particolarmente deboli le giustificazioni delle autorità belghe che impedivano la trascrizione di un doppio cognome invocando, in quel caso, il principio dell'immutabilità del cognome, anche perché, in ragione dell'incremento dei flussi migratori all'interno dell'Unione, è ben possibile che «diversi sistemi nazionali di attribuzione del cognome coesistano in uno stesso Stato membro, cosicché la filiazione non può essere necessariamente valutata nella vita sociale di uno Stato membro con il metro del solo sistema applicabile ai cittadini di quest'ultimo Stato»⁵⁵.

4. Il principio del mutuo riconoscimento come strumento per assicurare la circolazione delle persone

Da quanto analizzato nei precedenti paragrafi, appare evidente che la pronuncia *Grunkin e Paul* più che indicare o limitare l'utilizzo di alcuni crite-

⁵² Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 16 febbraio 2005, *Unal Tekeli c. Turchia* (ricorso n. 29865/96), ha ritenuto che non ha alcuna giustificazione, neanche sotto il profilo di salvaguardia delle esigenze di unità familiare, la norma interna che impone la perdita, per la donna, del cognome di origine, a seguito del matrimonio. Per la Corte europea, l'obbligo previsto dalla legislazione turca per la donna sposata di portare il cognome del marito, anche se preceduto dal proprio, non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole. Di qui, la condanna della Turchia per violazione dell'art. 8 della Convenzione.

⁵³ La Corte di giustizia osserva che «la normativa tedesca non esclude *in toto* la possibilità di attribuire cognomi composti a figli di cittadinanza tedesca» perché «quando uno dei genitori possiede la cittadinanza di un altro Stato, i genitori possono scegliere di formare il cognome del figlio secondo la normativa di tale Stato» (par. 37).

⁵⁴ Sulla nozione comunitaria dell'eccezione di ordine pubblico, elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, si veda M. FALLON, *L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, cit. *supra*, nota 1, p. 331 ss., in specie p. 341.

⁵⁵ V. par. 42. Per la Corte «un sistema che consenta la trasmissione di elementi del cognome dei due genitori, lungi dal provocare confusione sul legame di filiazione dei figli, può al contrario contribuire a rafforzare il riconoscimento di questo legame rispetto ai due genitori».

ri di collegamento nelle norme di conflitto⁵⁶ alla luce della loro compatibilità con i principi comunitari⁵⁷, rafforza l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento (considerato come «the cornerstone of judicial cooperation»⁵⁸) e richiede agli Stati ogni misura necessaria per assicurare l'effettiva realizzazione della libera circolazione delle persone che, nel caso di specie, sarebbe stata garantita proprio attraverso il riconoscimento di un atto ottenuto in Danimarca funzionale alla libera circolazione delle persone e avrebbe assicurato, meglio di qualsiasi criterio di collegamento, l'unicità dello *status* di un individuo⁵⁹.

La Corte di giustizia, quindi, raggiunge l'indicata conclusione basandosi sul mutuo riconoscimento e non sull'obbligo di rispettare i diritti umani tra i quali dovrebbe essere incluso il diritto al nome, sia per l'assenza di un chiaro substrato normativo in questa direzione, sia perché la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo non ha sinora raggiunto una posizione conclusiva in ordine all'esistenza di un diritto al nome derivante dalla Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁰.

Se, quindi, la sentenza *Garcia Avello* ha indicato al legislatore nazionale che la prevalenza di una cittadinanza di uno Stato membro rispetto a quella di un altro Stato membro può determinare una discriminazione in base alla nazionalità, la sentenza *Grunkin e Paul* dovrebbe produrre effetti nel senso di impedire l'applicazione di una norma che, se pure in sé priva di elementi discriminatori, è in grado di causare una compressione all'esercizio di una libertà fondamentale come quella della libera circolazione delle persone⁶¹, con-

⁵⁶ In senso diverso, F. KAUFF-GAZIN, *Liberté de circulation et nom patronymique*, in *Europe*, 2008, n. 12, p. 397, per il quale il giudice comunitario, facendo prevalere lo Stato membro della nascita o della residenza su quello della cittadinanza «porte une pierre supplémentaire à l'édifice d'une citoyenneté européenne de résidence».

⁵⁷ Si veda H. GAUDEMET-TALLON, *De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé?*, in AA.VV., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 303 ss., in specie p. 315, la quale sottolinea che «Le droit communautaire oblige souvent à "repenser" le droit international privé et à modifier les schémas traditionnels (...) le respect des libertés de circulation et de prestation de services garanties par le droit communautaire oblige à prendre en compte dans certaines circonstances l'équivalence entre les lois des États membres».

⁵⁸ Si veda, in tal senso, la comunicazione della Commissione europea relativa alla valutazione del Programma dell'Aja, presentata il 10 giugno 2009 (Com(2009)263). L'11 dicembre 2009 il Consiglio Ue ha approvato il Programma di Stoccolma intitolato «Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini» (si veda, al riguardo, la Comunicazione della Commissione Com(2009)262 del 10 giugno 2009).

⁵⁹ Sulla funzionalità del riconoscimento degli *status* familiari alla libera circolazione delle persone, si veda P. DE CESARI, *Il diritto della famiglia nell'Unione europea. Fondamenti e prospettive*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 207 ss., in specie p. 225.

Per P. LAGARDE, commento alla sentenza *Grunkin*, cit. *supra*, nota 2, p. 93, il coordinamento tra due ordinamenti può essere imposto da un ordinamento giuridico superiore come quello comunitario, così come può essere il risultato «d'une autorégulation des ordres juridiques, qui conduit, en matière de compétence, à des mécanismes comme l'exception de litispendance internationale, et en matière de conflits de lois, à la reconnaissance des situation juridiques».

⁶⁰ V. *supra*, note 1, 20 e 52.

⁶¹ Cfr. N. GUIMEZANES, *Vers une disparition des restrictions apportées à libre circulation des*

tribueno quindi a rafforzare l'indicata libertà attraverso l'applicazione del riconoscimento reciproco degli atti – espressione dello *status* di un individuo – formati in un altro Stato membro in base a regole di conflitto diverse da quelle adottate nello Stato di appartenenza.

Tale principio, com'è noto, è stato affermato nella sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979 nel caso *Cassis de Dijon* (causa n. 120/78)⁶², nella quale è stato stabilito che, malgrado le differenti legislazioni, deve essere assicurata la commercializzazione in tutti i Paesi membri dei prodotti messi in vendita in altri Stati in forza del mutuo riconoscimento, principio poi esteso alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento⁶³. Ed invero, anche gli atti riguardanti la condizione personale emessi dalle autorità nazionali di uno Stato membro dovrebbero espletare effetti circolando liberamente nello spazio comunitario, con l'obbligo per lo Stato membro di destinazione di rimuovere gli ostacoli – salvo nelle situazioni in cui vengano in rilievo esi-

ressortissants communautaires, in AA.VV., *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, cit. supra, nota 57, p. 355 ss. Si veda altresì 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*, cit. supra, nota 29, p. 65 ss., il quale sottolinea che, malgrado l'ambiguità delle istituzioni comunitarie rispetto al diritto internazionale privato, si può evidenziare la prevalenza di alcune direzioni generali, come quella del mercato interno, verso l'affermazione del principio dello Stato di origine, che pure non costituisce in sé una norma di conflitto.

Sul principio dello Stato di origine in rapporto alle norme di conflitto, si veda A. MALATESTA, *Principio dello stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/Ce sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 294 ss.

⁶² Sugli effetti di tale sentenza si veda F. CAPELLI, *I malintesi provocati dalla sentenza "Cassis de Dijon", vent'anni dopo*, in questa Rivista, 1996, p. 673 ss.

⁶³ Cfr. G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, Cedam, 2002, in specie p. 220 ss., secondo la quale il mutuo riconoscimento si è affermato sul piano comunitario con due distinte tecniche: una definita negativa propria del settore della libera circolazione delle merci che porta a ritenere incompatibili con la libertà di circolazione le norme del Paese di destinazione che la ostacolano, senza che abbiano rilievo le norme del Paese di provenienza, e l'altra relativa al riconoscimento dei diplomi nelle quali vengono in rilievo le disposizioni dello Stato di origine. Il mutuo riconoscimento ha – sostiene la studiosa – diverse sfaccettature e, in alcuni settori come quello relativo alla libera circolazione delle merci e dei servizi, presenta «versioni differenti di una medesima tecnica» rispetto a quello dei diplomi. Mentre nei primi due casi indicati «un confronto tra normativa dello Stato di origine e normativa dello Stato di destinazione non ha luogo, nel caso del mutuo riconoscimento dei diplomi il riconoscimento si basa proprio sul raffronto tra atti nazionali, la cui equivalenza va accertata di volta in volta» (p. 213).

V. S. BOLLÉE, *L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2007, p. 307 ss.; S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, Cedam, 2005; M. FALLON, *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in A. FUCHS - H. MUIR WATT - E. PATAUT (a cura di), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 31 ss., secondo il quale anche se il diritto comunitario può fornire una logica nuova al diritto internazionale privato, questo non implica «une modification en profondeur du contenu du droit des conflits de lois».

Per M. BENEDETTELLI, *Connecting factors, principles of coordination between conflict systems, criteria or applicability: three different notions for a "European Community private international law"*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 421 ss., in specie p. 435, numerose sentenze della Corte di giustizia mostrano come quest'ultima «has never been reasoning in terms of conflicts, since its attention has always been focused on the obstacles to the intra-Community circulation which are caused by the substantive provisions of domestic law potentially applicable in the given case, rather than by the domestic conflict of laws rules that could lead to their application».

genze imperative – anche nei casi in cui si debbano applicare norme materiali individuate tramite norme di conflitto in grado di determinare conseguenze non in linea con il rispetto di libertà fondamentali come la libera circolazione delle persone. Un principio in parte già espresso nella sentenza *Dafeki* del 2 dicembre 1997 (causa n. C-336/94), nella quale la Corte di giustizia, pur tenendo conto che le autorità amministrative e giudiziarie di uno Stato membro non sono obbligate a rispettare l'equivalenza delle rettifiche dei certificati di stato civile provenienti da un altro Stato membro perché la Comunità europea non ha una competenza generale in materia di valore probatorio degli atti di stato civile, ha stabilito che tale obbligo sussiste per il collegamento funzionale esistente tra atti riguardanti lo *status* personale e libera circolazione dei lavoratori. Poiché tale libertà può essere realizzata in modo effettivo solo con la presentazione di atti dello Stato membro di origine che, nel caso *Grunkin*, era quello della residenza, le autorità degli Stati membri di destinazione «sono obbligate ad attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile che provengono dalle competenti autorità degli altri Stati membri, a meno che la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso considerato»⁶⁴.

Gli Stati, in sostanza, dovrebbero consentire, salvo casi eccezionali, la libera circolazione degli atti⁶⁵, conseguenza della libera circolazione delle persone che, in queste circostanze, produce un obbligo negativo sugli Stati membri tenuti a non ostacolare il riconoscimento di determinati atti e a non applicare norme interne che compromettano l'effettività del diritto comunitario, con un funzionamento analogo al limite dell'ordine pubblico. Sugli Stati membri, quindi, non grava un obbligo positivo poiché non è richiesta una modifica legislativa relativa all'adozione di leggi aventi carattere non discriminatorio quanto una diversa valutazione, da parte degli ufficiali dello stato civile nella fase di trascrizione⁶⁶ (o di altri operatori giuridici), – per rendere

⁶⁴ In *Raccolta*, 1997, I, p. 6761 ss. La questione era arrivata alla Corte di giustizia su rinvio del *Sozialgericht* di Amburgo investito di una controversia tra una cittadina greca, che lavorava in Germania e la cassa pensioni tedesca. La signora, nel presentare la domanda di pensione anticipata, aveva esibito un estratto di atto di nascita e la sentenza di rettifica di quest'ultimo. In base alla legge tedesca sullo stato civile, come interpretata dai giudici tedeschi, i certificati emessi in un altro Paese non usufruiscono della presunzione di esattezza e il giudice può applicare il principio della libera valutazione della prova. Una posizione che non ha convinto il giudice *a quo* proprio sotto il profilo della libera circolazione delle persone e lo ha spinto a rivolgersi alla Corte di giustizia.

⁶⁵ Cfr. P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, cit. *supra*, nota 57, p. 547, in specie, con riguardo agli atti pubblici, p. 554 ss.

⁶⁶ Con particolare riferimento alla sentenza *Dafeki*, si veda R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 5 ss., in specie p. 17, il quale sottolinea gli effetti «del "principio d'unicità dello status del cittadino europeo" in base al quale un cittadino comunitario deve poter fare affidamento sulla documentazione in materia di stato civile rilasciatagli dalle competenti autorità del proprio paese di origine». Per lo studioso, proprio grazie agli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, si va «verso il progressivo riconoscimento immediato degli effetti degli atti pubblici stranieri in materia di stato civile delle persone

effettive le libertà fondamentali garantite dal Trattato – del diritto comunitario, pur nel rispetto del limite derivante dalla ripartizione di competenza tra ordinamenti, perché le questioni attinenti allo stato civile e le prestazioni da esso derivanti rientrano nella sfera d'azione degli Stati⁶⁷.

Si tratta, in sostanza, di un'applicazione del mutuo riconoscimento idoneo, in quanto strumento proprio del diritto comunitario, a garantire obiettivi⁶⁸, quali la libera circolazione delle persone che, almeno nella giurisprudenza della Corte, sembra essere essenziale rispetto all'unicità dello *status* del cittadino europeo, conseguenza dell'indicata libertà⁶⁹.

In modo analogo a quanto avviene nell'ambito del riconoscimento dei diplomi – settore nel quale ha rilievo il luogo in cui il diploma, che sottende una determinata qualifica⁷⁰, è stato rilasciato – in materia di *status* personali fun-

che ha come presupposto l'attribuzione di efficacia in modo automatico al provvedimento (giurisdizionale o amministrativo) che costituisce il titolo per la formazione dell'atto di stato civile».

⁶⁷ Si veda, al riguardo, la sentenza del 1° aprile 2008 (causa n. C-267/06, *Maruko*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1757 ss.). Si trattava di un caso riguardante l'applicazione della direttiva n. 2000/78/Ce e, in particolare la questione se una prestazione a un superstite concessa da un regime previdenziale di categoria (nella vicenda in esame il *partner* di un'unione omosessuale), potesse essere considerata come retribuzione. La Corte ha ritenuto di sì, sostenendo che se il giudice nazionale giunge alla conclusione che i coniugi superstiti e i *partner* di unioni solidali superstiti si trovano in una posizione analoga, la prestazione deve essere concessa a entrambi per non violare la direttiva in esame, anche se il regime previdenziale di categoria non attribuisce al *partner* il regime previsto per i coniugi.

⁶⁸ In questo senso si veda M. FALLON - J. MEEUSEN, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *YB. Priv. Int. Law*, 2002, p. 37 ss., in specie p. 57, per i quali l'analisi del regime di libera circolazione delle persone porta alla conclusione che «(...) the mutual recognition rule is not to be regarded as a positive hard and fast choice-of-law rule designating the substantive law of the country of origin. Several arguments can be invoked to support this view. This, however, does not preclude the choice-of-law rules of the member States from taking due account of the requirements of Community law». Per C. RICCI, *La "famiglia" nella giurisprudenza comunitaria*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit. supra, nota 14, p. 91 ss., in specie p. 146, il mutuo riconoscimento si configura «piuttosto come un principio che agisce in via d'eccezione all'applicazione di una disposizione della legge designata dalle norme di conflitto del foro che entra in gioco a posteriori similmente alla clausola dell'ordine pubblico, agendo però, a differenza di questa, per bloccare l'applicazione non solo delle norme straniere ma anche di quelle del foro che costituiscano un ostacolo alla realizzazione del mercato interno».

⁶⁹ Con la sentenza *Grunkin e Paul*, quindi, si riconosce, seppure in via indiretta, l'importanza dello *status* acquisito nello Stato di origine perché funzionale alla libera circolazione. La Corte non ha accolto però le limitazioni avanzate dall'Avvocato Generale Sharpston nelle conclusioni depositate il 24 aprile 2008, secondo il quale la determinazione del nome «implica l'identificazione, che è una materia indipendente dallo *status* giuridico o dalla capacità. Pertanto, non ritengo che da ciò consegua necessariamente che una pronuncia relativa ai nomi debba essere applicata a tali altre materie» (par. 93).

⁷⁰ Tale sistema è stato istituito con la direttiva n. 89/48/Cee, relativa a un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, modificata dalla direttiva n. 2001/19/Ce e poi dalla direttiva n. 2005/36/Ce sul riconoscimento delle qualifiche professionali (alla quale si affianca la direttiva n. 2006/100/Ce riguardante Bulgaria e Romania, i cui allegati sono stati integrati con il regolamento n. 1430/2007/Ce del 5 dicembre 2007), recepita in Italia con dlgs n. 206 del 6 novembre 2007, che ha determinato l'abrogazione della direttiva n. 89/48 (a sua volta recepita con dlgs n. 115 del 27 gennaio 1992), anche se i criteri di base sono rimasti inalterati. La nuova direttiva ha ricomposto un puzzle normativo costituito da direttive generali (tre) e settoriali (dodici), ricalcando, in linea di massima, il modello precedente, seppure in modo più articolato.

zionali alla libera circolazione assume rilievo, ed è quindi da considerare come Paese di origine, il luogo nel quale è stato emesso l'atto⁷¹. Una soluzione rispettosa anche di principi affermati in trattati internazionali come il Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 secondo il quale «ogni bambino deve essere registrato immediatamente dopo la nascita ed avere un nome» (art. 24, comma 2) e la Convenzione Onu sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 la quale riconosce che «il fanciullo deve essere registrato immediatamente dopo la nascita», con ciò confermando la rilevanza dello Stato sul cui territorio il bambino è nato ai fini dell'adozione del certificato di nascita che contiene il nome al quale il bambino ha diritto (art. 7, comma 1).

Ed invero, a nostro avviso, la sentenza *Grunkin e Paul* non è da ascrivere a un rafforzamento della cittadinanza europea o all'obbligo di riconoscere unicità allo *status* del cittadino comunitario in quanto tale⁷², quanto piuttosto a una realizzazione effettiva del principio del mutuo riconoscimento come strumento per garantire la piena attuazione della libera circolazione delle persone⁷³, incidendo sul Paese di destinazione (che è quello successivo allo Stato

⁷¹ Anche nel regolamento n. 4/2009/Ce del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (in *Gu-Ue* n. L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.), si sottolinea che per «Stato membro d'origine» s'intende lo Stato nel quale «è stata emessa la decisione, è stata approvata o conclusa la transazione giudiziaria ed è stato redatto l'atto pubblico» (art. 2, comma 4).

⁷² In senso diverso L. TOMASI, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, cit. *supra*, nota 1, in specie p. 914, secondo la quale il principio di unicità di *status* del cittadino Ue «diviene forza conformatrice dei sistemi internazionalprivatistici degli Stati membri: non li sostituisce ma ne corregge, quando necessario, l'eccessiva rigidità, in omaggio a un principio di tutela dei diritti dell'individuo che può disturbare l'internazionalprivatista, ma che si traduce a nostro avviso in un rafforzamento dei diritti dei cittadini dell'Unione»; E. M. MAGRONE, *Il riconoscimento parziale delle generalità limita la libertà di movimento e soggiorno*, cit. *supra*, nota 3, p. 45, per la quale nella sentenza *Grunkin* si realizza un effetto espansivo della pronuncia *Avello* dovuto «al consolidarsi dell'idea che il rispetto del nome di una persona, atto a identificarla quale parte di un nucleo familiare e tale da non rendere più incerto il suo *status* nello spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia, sia ormai ascrivibile tra i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario e giustifichi finanche la compressione della sfera di operatività dell'ordinamento dello Stato di cui l'individuo sia cittadino».

⁷³ Per E. CASTORINA, *Il caso "Garcia Avello" innanzi alla Corte di giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea*, cit. *supra*, nota 4, p. 2014, già la sentenza *Garcia Avello* mostrava «solo una cauta apertura della Corte di Lussemburgo nel riconoscere come attuale il pur auspicato inveroamento di una cittadinanza europea fondata, quanto meno, sul nucleo duro attinente alla soggettività della persona "nei suoi tratti essenziali" e "nella sua globalità"».

Secondo L. S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, 2ª ed., vol. I, p. 97 ss., in specie p. 112, con il Trattato di Maastricht si verifica un «superamento della concezione funzionalistica che aveva ispirato il Trattato di Roma, collegando indissolubilmente la libertà di circolazione alla cittadinanza dell'Unione». Si veda anche U. VILLANI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. II, Bari, Cacucci, 1995, p. 1001 ss. e, nel senso del rafforzamento del ruolo della cittadinanza europea proprio nella sentenza *Avello*, anche E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008 vol. II, p. 1255 ss., in specie p. 1272, nonché F. SHERIFF, *Ancora sul cognome*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 2029 ss., secondo la quale la sentenza «al fine di garantire uno *status* uniforme ai soggetti con doppia cittadinanza, ha riconosciuto la legittimità dell'assegnazione del doppio cognome in ossequio alla legislazione di uno degli Stati di cui il soggetto è cittadino». Per C. RICCI, *La "famiglia" nella giurisprudenza comunitaria*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunita-*

nel quale è stato acquisito lo *status* e che può addirittura essere quello della nazionalità) in conseguenza del rilievo che assume l'ordinamento nel quale si è costituita la situazione⁷⁴. Le autorità dello Stato di destinazione sono tenute, a differenza di quanto avviene nell'ambito della libera circolazione delle merci, a effettuare una valutazione caso per caso, con un obbligo di riconoscere una determinata situazione laddove si possa configurare una compressione della libera circolazione.

Già nella sentenza *Dafeki*, la Corte aveva ritenuto che il mancato riconoscimento di un documento che riflette la situazione giuridica validamente costituita in uno Stato membro era pregiudizievole per la posizione del lavoratore, con un vincolo per lo Stato membro di destinazione al riconoscimento nei casi in cui la mancata efficacia di un atto potesse precludere l'esercizio di una libertà comunitaria⁷⁵. Del pari, nella sentenza della Corte di giustizia del 30 marzo 1993 (causa n. C-168/91, *Konstantinidis*)⁷⁶, i giudici comunitari hanno ritenuto che la traslitterazione del cognome greco in lettere latine costituisce

rio, cit. supra, nota 14, p. 91 ss., in specie p. 142, la giurisprudenza della Corte di giustizia più che dimostrare un'unicità degli *status* personali, afferma il riconoscimento degli atti pubblici dello stato civile di provenienza, consentendo così la libera circolazione. «In tal senso verrebbe esaltato – secondo Ricci – l'elemento volontaristico, rilevante al momento della scelta dello Stato in cui effettuare la prima registrazione».

Si veda altresì C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia, cit. supra*, nota 59, p. 349 ss., in specie p. 388, secondo la quale «si sta delineando nella giurisprudenza comunitaria un principio, quello dell'unicità di *status* del cittadino comunitario, che può essere visto come un'applicazione, al settore familiare, del mutuo riconoscimento».

⁷⁴ Com'è noto diversi studiosi hanno sostenuto che il mutuo riconoscimento opera come norma di conflitto bilaterale, mentre altri lo hanno inquadrato come metodo di diritto internazionale privato, in particolare considerandolo come metodo di rinvio all'ordinamento competente. In tal senso, nonché per la ricostruzione completa del dibattito dottrinale, si veda G. ROSSILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali, cit. supra*, nota 63, per la quale il mutuo riconoscimento ha una natura tecnica di carattere conflittuale che, così come delineato dalla Corte di giustizia «è difficilmente comprensibile se non ci si pone nell'ottica di un conflitto non tra leggi, ma tra ordinamenti complessivamente considerati» (p. 245).

Si veda altresì P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario, cit. supra*, nota 29, p. 485 ss., il quale, partendo dal presupposto che il diritto internazionale privato comunitario è dominato dal principio del mutuo riconoscimento e dopo aver ricostruito le varie interpretazioni fornite dalla dottrina tedesca, ritiene che il riferimento allo Stato di origine alla base del principio del mutuo riconoscimento «non serve ad applicare la legge del medesimo, ma a verificare l'esistenza nel relativo ordinamento di una situazione giuridica attinente ad un bene o ad un servizio, che va presa in considerazione quale che sia la fonte da cui essa derivi» (p. 495).

Per S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà, cit. supra*, nota 63, p. 209, invece, «sembra eccessivo riconoscere come acquisita una sorta di eterogenesi dei fini del mutuo riconoscimento», anche se esso ha effetti sull'operatività delle norme di diritto internazionale privato.

⁷⁵ Sul ruolo della Corte di giustizia ai fini del riconoscimento automatico degli atti pubblici stranieri si veda S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà, cit. supra*, nota 63, p. 213 ss.

⁷⁶ Cfr. M. WIND, *The EU as a "Welfare Rights Generator"?*, in *Columbia J. Eur. Law*, 2009, p. 239 ss., in specie p. 255. La sentenza è massimata in questa *Rivista*, 1994, p. 76.

Analoga questione è stata posta, di recente, nella causa n. C-391/09: vedi *supra*, nota 2.

una violazione del diritto di stabilimento qualora detto cambiamento comporti rischi di confusione per i potenziali clienti. Che la Corte abbia inteso dare una maggiore rilevanza alla libera circolazione rispetto alla cittadinanza europea in quanto tale risulta anche dal mancato accoglimento della soluzione prospettata nella medesima causa dall'Avvocato Generale Jacobs che, invece, nelle conclusioni depositate il 9 dicembre 1992, aveva ritenuto che il rispetto del nome è, in quanto tale, un diritto fondamentale comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Tali considerazioni nulla tolgono all'importanza della sentenza *Grunkin e Paul* che, pur non fondandosi in modo esplicito sul principio dell'unicità degli *status*⁷⁷, forse anche per tenere conto di alcuni orientamenti del legislatore comunitario⁷⁸, contribuisce a favorire l'affermazione di tale principio attraverso la libera circolazione delle persone, con l'utilizzo del principio del mutuo riconoscimento che opera però in senso negativo e non positivo. Di conseguenza, dalla sentenza *Grunkin e Paul* risulta che la produzione di effetti di

⁷⁷ Cfr. A. QUINONES ESCAMEZ, *Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2007, p. 357 ss. Per G. ROSSOLILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, cit. *supra*, nota 2, p. 230, la scelta della Corte di giustizia di applicare allo *status* personale gli stessi principi elaborati per la libera circolazione delle merci e dei servizi «tende ad indebolire il principio dell'immutabilità del nome (...) – dal momento che consente di fatto all'individuo di ottenere più facilmente una modifica volta ad adeguare il proprio nome a quello attribuitogli in uno degli Stati di cittadinanza o nello Stato nel quale il nome è stato per la prima volta iscritto nei pubblici registri – senza al contempo costituire un efficace strumento di tutela dell'identità personale». Per la studiosa «un'attenzione maggiore al principio di prossimità/effettività, al contrario, non solo non avrebbe in alcun modo compromesso l'obiettivo della libertà di circolazione, ma avrebbe anche consentito di trovare un punto di intersezione tra diritto internazionale privato, diritto comunitario e Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

⁷⁸ Nel senso dell'inesistenza di un preciso obbligo di riconoscimento delle posizioni giuridiche assunte in un altro Paese si veda la direttiva n. 2004/38/Ce del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, nella quale si afferma che «Ai fini della presente direttiva, la definizione di "familiare" dovrebbe altresì includere il *partner* che ha contratto un'unione registrata, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio» (*considerando* n. 5 del Preambolo). Un principio ribadito nell'art. 3, lett. b., in base al quale lo Stato membro ospitante deve agevolare l'ingresso e il soggiorno del «partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata». È definito tale, dall'art. 2, lett. b., il «*partner* che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante», senza quindi imporre un obbligo di riconoscere le unioni registrate, malgrado venga semplificata la libera circolazione anche sotto il profilo della documentazione. Al cittadino comunitario, infatti, è richiesta una semplice dichiarazione e non, salvo in taluni casi, la presentazione di una specifica documentazione. Tuttavia, è da rilevare che, dalla Comunicazione della Commissione europea del 2 luglio 2009 contenente le linee guida per una migliore attuazione della direttiva n. 2004/38/Ce (Com(2009)313), sembra che i *partner* di una coppia di fatto, se la loro unione ha un carattere duraturo, debbano essere equiparati al coniuge nel godimento dei diritti stabiliti nella direttiva.

La direttiva è stata recepita con il dlgo n. 32 del 28 marzo 2008 (in *Guri* n. 52 del 1° marzo 2008) riguardante «modifiche e integrazioni al dlgo 6 febbraio 2007 n. 30, recante attuazione della direttiva 2004/38/Ce». Il dlgo n. 30 ha semplificato di molto le procedure per l'iscrizione anagrafica, consentendo l'autocertificazione al cittadino dell'Unione (art. 9). Si veda R. CAFARI PANICO, *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 921 ss.; M. FINOCCHIARO, *Iscrizione all'anagrafe dopo tre mesi*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 19, p. 31 ss.

un atto acquisito in uno Stato membro diverso da quello di destinazione è un mero effetto indiretto proprio perché il funzionamento del mutuo riconoscimento opera in senso negativo, ossia come limite all'applicazione di norme interne che producono conseguenze in grado di impedire la libera circolazione delle persone, e non in senso positivo, ossia come obbligo di riconoscere in sé atti formati in un altro Stato membro⁷⁹. Per un effetto di tal genere è indispensabile l'intervento del legislatore che sia in linea con la strada perseguita dall'Unione europea che sta proseguendo nel rafforzamento della libera circolazione degli atti amministrativi, dopo aver raggiunto la circolazione delle sentenze con il regolamento n. 44/2001/Ce del 22 dicembre 2000 (Bruxelles I) e prima ancora con la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, nonché degli atti pubblici che abbiano un rango equivalente nel Paese di destinazione. A tal proposito, si ricordi quanto disposto nel regolamento n. 805/2004/Ce del 21 aprile 2004, in vigore dal 21 ottobre 2005, che istituisce il titolo esecutivo europeo relativo ai crediti non contestati che, abolendo la procedura di *exequatur* per gli atti autentici, consente la circolazione degli atti pubblici la cui autenticità sia attestata da un'autorità dello Stato di origine (art. 25)⁸⁰, nonché quanto previsto dal regolamento n. 2201/2003/Ce del 27 novembre 2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, il cui art. 21, comma 2, dispone che non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento dei registri di stato civile a seguito di un provvedimento di divorzio, separazione personale o annullamento pronunciato in un altro Paese Ue⁸¹, prevedendo altresì che anche gli atti pubblici aventi efficacia esecutiva in uno Stato siano riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni delle decisioni (art. 46).

Giova ricordare, in questa direzione, la risoluzione del Parlamento europeo del 18 dicembre 2008 sull'atto autentico europeo⁸², nel cui allegato ri-

⁷⁹ Sull'impossibilità di utilizzare il principio del mutuo riconoscimento per la circolazione degli atti pubblici in relazione alla loro utilizzazione nei pubblici registri, con un'efficacia diversa da quella esecutiva, si veda P. PASQUALIS, *Attuazione ed esecuzione forzata in Italia degli atti pubblici provenienti dall'estero*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, I, 4, M. A. LUPOI - E. VULLO - M. G. CIVININI e P. PASQUALIS, *Giurisdizione italiana. Efficacia di sentenze e atti stranieri*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 579 ss., in specie p. 611.

⁸⁰ Come sottolineato da A. CHIANALE, *La forma degli atti autentici stranieri*, in *Riv. not.*, 2008, p. 39 ss., in specie p. 49, «È ben chiaro che sia l'individuazione del soggetto, abilitato a redigere atti autentici, sia l'attestazione di autenticità dell'atto, sono interamente rimessi alla *lex fori*». V. anche B. BÉDARIDE, *Le caractère exécutoire de l'acte notarié en droits interne et européen*, in *Droit & patrimoine*, ottobre 2008, n. 174, p. 24 ss.; L. FUMAGALLI, *L'esecuzione in Italia degli atti pubblici stranieri*, in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. II, cit. *supra*, nota 73, p. 1437 ss.

⁸¹ Si veda G. SERVETTI, *Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie*, in G. PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, Università di Trento, 2006, p. 49 ss.

⁸² Doc. P6_TA(2008)0636. Per la definizione di atto pubblico, il Parlamento europeo rimanda a quanto definito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Unibank* del 17 giugno 1999 in causa n. C-

guardante raccomandazioni dettagliate sul contenuto della proposta richiesta alla Commissione europea, si ribadisce che «la fiducia reciproca nel diritto in seno alla Comunità giustifica il fatto che le procedure connesse alla verifica della veracità dell'atto autentico in materia transfrontaliera siano in futuro soppresse» per tutelare «i cittadini europei nei rapporti personali e patrimoniali al di là delle frontiere» e le imprese «che comportano una sempre maggiore circolazione di atti autentici relativi alla creazione e al funzionamento delle imprese».

In attesa, però, di una regolamentazione comunitaria non si può ammettere l'esistenza di un obbligo autonomo che imponga l'utilizzo di atti pubblici, salvo nei casi in cui l'adempimento di un simile obbligo sia necessario per l'esercizio di una libertà fondamentale del Trattato e non vi siano ostacoli di ordine pubblico.

5. L'incidenza delle sentenze della Corte di giustizia, in materia di attribuzione del cognome, sulle norme interne

Gli interventi della Corte di giustizia, per quanto non abbiano prodotto, seppure con alcune eccezioni, modifiche legislative sul piano delle norme di diritto internazionale privato, hanno senza dubbio spinto gli Stati e, in particolare gli operatori giuridici interni, a limitare l'applicazione di norme interne che possono ostacolare, seppure in via indiretta, la libera circolazione delle persone, nonché determinare contrasti con il diritto comunitario.

In Italia, ad esempio, nel caso di cittadini italiani o di cittadini con doppia nazionalità di cui una italiana si applica, per l'attribuzione del cognome, in linea con l'art. 19 della l. n. 218/95, la legge italiana e quindi l'art. 262 c.c. che, nel caso in cui il riconoscimento sia effettuato da entrambi i genitori, comporta l'assegnazione del cognome paterno e l'art. 33, comma 1, del d.p.r. n. 396 del 3 novembre 2000 (che ha abrogato, modificandolo, il r.d. n. 1238 del 9 luglio 1939⁸³), il quale dispone che al figlio legittimato venga trasmesso il solo cognome del padre, con la possibilità, a sua volta, nei casi in cui il figlio abbia la maggiore età alla data della legittimazione, di mantenere il cognome utilizzato in precedenza se diverso «ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso, a sua scelta quello del genitore che lo ha legittimato». Di conseguenza, in caso di legittimazione per susseguente matrimonio tra un cittadino italiano e una cittadina spagnola, non potrà essere registrato il figlio minore con il doppio cognome. La prevalenza *in subiecta materia* della cittadinan-

260/97, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3715 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 102. Si veda altresì il progetto di rapporto del relatore Manuel Medina Ortega (2008/2124).

⁸³ V. L. LENTI, *Nome e cognome*, in *Dig. disc. priv., sez. civile, Aggiornamento*, II, Torino, Utet, 2003, p. 928 ss.

za del foro (secondo l'art. 19 della l. n. 218/95), quindi, non solo non appare più adatta a un contesto di mobilità transfrontaliera caratterizzato da numerosi matrimoni misti, ma determina una violazione del principio di non discriminazione e della parità di trattamento.

Proprio alla luce dell'obbligo di rispettare in modo effettivo il diritto comunitario, la Corte di cassazione, sezione I civile, con ordinanza interlocutoria n. 23934, depositata il 22 settembre 2008⁸⁴ riguardante un caso di rettifica del cognome del figlio legittimo, ha invocato, a fondamento del diritto di una coppia di cambiare il cognome al figlio, rettificando l'atto di nascita con l'assegnazione del cognome materno in deroga al citato art. 33 del d.p.r. n. 396/2000, la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso *Garcia Avello* e il Trattato di Lisbona⁸⁵.

Per quanto riguarda l'incidenza della trascrizione in uno Stato membro di un atto ottenuto in un altro Stato membro dell'Unione europea e la circolazione comunitaria dei provvedimenti rilasciati in altri Stati, il Tribunale di Bologna, con sentenza del 9 giugno 2004⁸⁶, ha accolto la correzione di un atto di nascita di un minore avente doppia cittadinanza italiana e spagnola, iscritto nel registro dello stato civile spagnolo con doppio cognome. Secondo il Tribunale, infatti, l'ufficiale dello stato civile italiano, rifiutando la correzione del cognome sul presupposto che dovesse essere attribuito solo quello del padre, aveva violato gli artt. 12 e 17 TCE (artt. 18 e 20 TFUE).

Poco dopo, anche il Tribunale di Roma, con decreto del 15 ottobre 2004, ha riconosciuto il diritto della madre di una bambina ad ottenere la trascrizione nel registro dello stato civile del doppio cognome già registrato in Spagna. La bimba, infatti, aveva il padre spagnolo e la madre italiana: al momento della nascita le era stato attribuito, in linea con la legge spagnola, il doppio cognome in modo analogo ai fratelli. L'ufficio dello stato civile di Roma aveva corretto l'atto di nascita, eliminando il cognome materno. Per il Tribunale di Roma, invece, proprio grazie all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, tenuto conto della prevalenza del diritto comunitario su quello interno nonché del principio di vincolatività delle pronunce interpretative della Corte e, soprattutto, di quanto affermato dai giudici comunitari nel caso *Garcia Avello* con riguardo alla violazione degli artt. 12 e 17 TCE, si deve con-

⁸⁴ La sentenza è pubblicata in *Guida al diritto*, 11 ottobre 2008, n. 40, p. 16 ss., con commento di S. PASCASI, *Senza un adeguato apparato burocratico a rischio la volontà di rinnovamento*, ivi, p. 21 ss. La Suprema Corte ha disposto il rinvio della questione al primo Presidente per l'eventuale rimessione alle Sezioni unite.

⁸⁵ È discutibile che la Cassazione abbia fatto riferimento al Trattato di Lisbona come strumento per «aprire la strada all'applicazione diretta delle norme del Trattato stesso e di quelle alle quali il Trattato fa rinvio», considerando che è un dato ormai acquisito l'applicazione diretta di diverse disposizioni del Trattato.

⁸⁶ Si veda A. BARONE - E. CALÒ, *Il cognome dei soggetti bipoliti nell'ordinamento comunitario*, in *Corr. giur.*, 2005, n. 5, p. 680 ss., in specie p. 683. V., per altri richiami giurisprudenziali, *infra*, nota 104.

sentire la trascrizione in Italia dell'atto ottenuto all'estero che riporta la volontà dei genitori, con un obbligo degli organi amministrativi interni di non respingere la domanda di cambiamento del cognome per i figli minorenni in possesso di doppia cittadinanza e residenti in uno Stato membro.

Gli interventi giurisprudenziali italiani fin qui descritti, se da un lato sembrano indirizzati a consentire la registrazione in Italia di un atto che attesti il doppio cognome ottenuto in base alle leggi di un altro Stato membro o in base a una delle cittadinanze dell'interessato con un effetto indiscutibilmente positivo in relazione all'applicazione del diritto comunitario⁸⁷, dall'altro lato producono taluni effetti negativi perché lasciano in vigore un sistema, come quello del d.p.r. n. 396/2000 che codifica, a nostro avviso, una discriminazione tra uomo e donna, che apre la strada a una disparità di trattamento nei confronti di bipoliti che alla nazionalità italiana affiancano quella di uno Stato terzo e che determina altresì, proprio alla luce degli orientamenti dei giudici interni, una discriminazione a rovescio a danno di soggetti che si trovano in una situazione non identica, poiché non è in discussione la libera circolazione in ambito comunitario, ma analoga sul piano dei risultati pratici⁸⁸.

Sotto quest'ultimo profilo, potrebbe accadere che un cittadino italiano sposato e residente all'estero con una donna di nazionalità spagnola, assegni al figlio il doppio cognome e in base al principio del mutuo riconoscimento ottenga la trascrizione nei registri italiani, mentre così non potrebbero fare i cittadini italiani sposati e residenti in Italia, proprio per il limite di cui all'art. 33 del d.p.r. n. 396/2000 (con riguardo alla legittimazione) con una discriminazione a rovescio, che, com'è noto, non può essere risolta dalla Corte di giustizia la quale, in diverse occasioni, ha chiarito che l'ipotesi di una situazione nella quale l'applicazione del diritto comunitario provoca uno stato di svantaggio per i cittadini di uno Stato membro rispetto a quelli comunitari è una questione puramente interna e non rientra nelle proprie competenze.

Tuttavia, al riguardo, la Corte costituzionale, sin dalla sentenza del 30 di-

⁸⁷ È opportuno ricordare che l'art. 19 del d.p.r. n. 396/2000 consente, a differenza del precedente sistema, la trascrizione in Italia di atti di stato civile formati all'estero, a condizione che riguardino stranieri residenti in Italia. Si veda, per tutti, R. CAFARI PANICO, *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, cit. *supra*, nota 78, p. 923 ss. Sulla precedente disciplina cfr. ID., *Lo stato civile e il diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1992.

Occorre ricordare che non sempre i giudici interni hanno tenuto conto dei principi comunitari. Ad esempio, il Tribunale di Catanzaro, ufficio della volontaria giurisdizione, con decreto 14 aprile 2009, ha accolto l'istanza della Procura in ordine alla rettifica del nome di una bambina registrata all'anagrafe come Andrea (nome femminile in Francia), malgrado i genitori, cittadini italiani la cui bimba era nata in Francia, senza acquisirne la nazionalità, avessero ottenuto la trascrizione in un Comune italiano, su istanza del Consolato d'Italia in Francia, del nome della bimba. La scelta del Tribunale è fondata sulla circostanza che l'art. 35 del d.p.r. n. 396/2000 stabilisce che «il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso».

⁸⁸ L'11 luglio 2006, ad esempio, è stata presentata al Senato una petizione di un cittadino italiano proprio sull'attribuzione del cognome materno in aggiunta o in alternativa a quello del padre. Si tratta della petizione n. 75, reperibile nel sito <http://www.senato.it>.

cembre 1997 n. 443⁸⁹, ha osservato che le norme interne che procurano una discriminazione a rovescio sono in contrasto con l'art. 3 Cost., con la conseguenza che ne deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale. Di recente, poi, come detto, con l'art. 6, par. 1, lett. d. della legge comunitaria 2008⁹⁰ è stato introdotto il principio della parità di trattamento secondo il quale le norme italiane di recepimento degli atti comunitari dovranno assicurare «la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea residenti o stabiliti nel territorio nazionale», oltre a impedire, in ogni caso, «un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani».

Tornando all'esame delle questioni legate al cognome, un'analogha situazione svantaggiosa può prodursi nei confronti di individui con doppia cittadinanza – italiana e di un terzo Stato – che non possono ottenere la trascrizione di un doppio cognome legittimamente attribuito in base alle leggi di un altro Stato, spingendoli all'utilizzo di stratagemmi per aggirare le norme interne ormai anacronistiche. È stato il caso di una vicenda della quale si è occupata la Corte d'appello di Bari⁹¹ alla quale si erano rivolti due genitori (madre italiana, padre statunitense) chiedendo la rettifica dell'atto di nascita del proprio figlio. I genitori avevano chiesto all'ufficiale dello stato civile del Comune di Bari la trascrizione di un atto di stato civile formato all'estero contenente il cognome paterno e materno, prospettando quest'ultimo come un prenome nell'intento di eludere il divieto dell'art. 34 del d.p.r. n. 396/2000⁹². Il Tribunale di Bari, su ricorso della Procura della Repubblica, aveva deciso la rettifica del cognome con l'eliminazione di quello materno. La Corte d'appello, investita del ricorso, ha confermato il giudizio del Tribunale, escludendo l'applicazione della sentenza *Garcia Avello* perché la domanda si riferiva a un bambino avente doppia cittadinanza, italiana e statunitense e, quindi, non quella di un altro Stato membro dell'Unione europea.

Piuttosto che affidarsi alle scelte degli operatori giuridici che possono mutare, appare non solo preferibile, ma anche necessario un intervento del legislatore. Ed invero, basti considerare la diversa direzione seguita (rispetto ai casi citati in precedenza) dal Tribunale di Bologna che, con decreto dell'11

⁸⁹ Cfr. V. STARACE - A. CANNONE, *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale e comunitaria 1977-2000*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, vol. II, p. 2356 ss.

⁹⁰ V. *supra*, nota 18. Si veda A. ADINOLFI, *Parità di trattamento per stabiliti e cittadini italiani con l'esclusione delle discriminazioni a rovescio*, in *Guida al diritto*, 2009, Dossier n. 6, p. 88 ss.; S. FORTUNATO, *Comitato delle regioni: candidati scelti dal premier*, *ivi*, p. 96 ss.

⁹¹ La decisione è inedita.

⁹² L'indicata disposizione stabilisce il divieto, tra gli altri, di attribuire un cognome come nome. Sull'utilizzo del prenome si veda anche la sentenza della Corte cass. del 20 ottobre 2008, n. 25452, nella quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso di una coppia avverso la decisione dei giudici di appello che aveva condiviso la posizione dei giudici di primo grado per i quali i genitori non potevano attribuire al figlio il prenome «Venerdi». Si veda per un commento G. DI ROSA, *Attribuzione del prenome e dignità della persona*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, p. 101 ss.; G. GUERRA, *Scelta genitoriale del nome e tutela dell'identità della persona*, in *Nuova giur. civ. Comm.*, 2009, p. 166 ss.

settembre 2007⁹³, riguardante due cittadini italiani genitori di una bambina nata in Canada, con doppia nazionalità, ha disposto – in modo differente dalla Corte d'appello di Bari – la trascrizione nei registri dello stato civile italiano del certificato di nascita che riportava il cognome della madre e del padre, secondo la legge canadese, al fine di garantire l'interesse superiore del minore che ha così un cognome identico nei due Paesi.

Per quanto riguarda poi l'altro profilo negativo, ossia quello della discriminazione tra uomo e donna, bisogna osservare che la Corte costituzionale, nella sentenza del 6 febbraio 2006 n. 61, pur rigettando la questione di legittimità costituzionale di talune disposizioni del d.p.r. n. 396/2000 che prevedono l'attribuzione al figlio legittimato del solo cognome paterno (artt. 33 e 34)⁹⁴, malgrado la diversa volontà dei coniugi, ha rilevato che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è il retaggio di una concezione patriarcale della famiglia⁹⁵, non più coerente con il principio di uguaglianza tra uomo e donna⁹⁶, oltre a non essere sempre in linea con l'interesse superiore del minore.

Non resta quindi che attendere un intervento legislativo. In questa direzione risulta orientata una proposta di legge intitolata «Modifiche al codice

⁹³ Il provvedimento è pubblicato in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 99 ss., con commento di P. MENGOLZI, *Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana*, ivi, p. 69 ss.

⁹⁴ La questione è stata posta anche con riferimento a diverse disposizioni del codice civile (artt. 143 bis, 236, 237, comma 2, 262 e 299, comma 3).

⁹⁵ In alcuni Paesi europei sono già state introdotte modifiche legislative in grado di porre sullo stesso piano uomo e donna. In Francia, ad esempio, la l. n. 2002-304 del 4 marzo 2002, modificata nel 2003 e poi nel 2005 riguardante la trasmissione del cognome, inserita nella sezione 5 c.c., consente di trasmettere al figlio il cognome paterno e materno, pur prevedendo, in base alla circolare del 6 dicembre 2004, l'utilizzo di un doppio trattino tra i due cognomi. Tale utilizzo è stato disposto per distinguere tra i doppi cognomi entrambi trasmissibili alle successive generazioni e le situazioni nelle quali invece non si verifica tale trasmissione, limitandosi la successione al solo primo cognome. Questo sistema ha condotto a un ricorso da parte della procura al Tribunale di Lille perché i genitori avevano richiesto l'utilizzo del doppio cognome senza il doppio trattino. Il Tribunale, con sentenza del 3 luglio 2008, ha dato ragione ai genitori. Si veda P. ROBERT-DIARD, *Transmission du double nom de famille: quand un tiret devient un casse-tête pour l'état civil*, in *Le Monde*, 25 dicembre 2008.

Tuttavia, occorre ricordare che, pur partendo da un principio di parità, la legge francese, in determinate situazioni, attribuisce prevalenza al padre nella trasmissione del cognome. Infatti, «Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu: soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom du père. Le nom dévolu au premier enfant vaut pour les autres enfants communs. Lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants» (art. 311-21 c.c.).

⁹⁶ Per una critica alla posizione assunta dalla Corte costituzionale, si veda F. SHERIFF, *Ancora sul cognome*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 2029 ss., secondo la quale «non si comprendono (...) le ragioni per cui la Corte costituzionale abbia rigettato la questione», soprattutto tenendo conto che la Consulta ha individuato «la presenza di una normativa discriminatoria» e ha fondato il suo ragionamento su una presunta realizzazione dell'unità familiare, con un «riconoscimento unicamente formale».

civile e altre disposizioni in materia di cognome dei coniugi e dei figli»⁹⁷, presentata il 29 aprile 2008 dai deputati Brugger, Zeller e Nicco che si propone, anche tenendo conto degli impegni internazionali assunti dall'Italia, in particolare con la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna⁹⁸ e della necessità di adeguare la nostra normativa a quella di altri Paesi Ue, di prevedere, con l'introduzione di una norma seguente all'art. 143-bis c.c., che ai figli di genitori coniugati, così come ai figli nati fuori dal matrimonio, riconosciuti contemporaneamente da entrambi i genitori, siano attribuiti «nell'ordine, il cognome del padre e quello della madre»⁹⁹.

6. Osservazioni conclusive

Dall'analisi sin qui svolta è possibile rilevare che l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento come strumento per realizzare una libertà fondamentale del Trattato determina un'espansione del diritto comunitario, anche in materie sottratte alle competenze del Trattato, qualora determinati settori, come nel caso dell'attribuzione del cognome, siano funzionali al raggiungimento di una libertà fondamentale.

È quindi il raggiungimento della libertà di circolazione l'obiettivo perseguito dalla Corte di giustizia che si avvale dello strumento del mutuo riconoscimento per conseguire tale fine, strumento che opera come limite negativo perché preclude l'applicazione degli effetti prodotti da norme interne (anche di diritto internazionale privato) che provocano un risultato contrario al diritto comunitario, consentendo, in questo modo, di superare e, in un certo senso accantonare, l'armonizzazione di norme la cui difficoltà di attuazione è ampiamente nota. Ed invero, il rafforzamento del principio del mutuo riconoscimento – che valorizza il dato giuridico acquisito in altri Stati – determina, seppure come conseguenza dell'applicazione della libera circolazione delle

⁹⁷ Si tratta della proposta di legge n. 36, in corso di esame presso la seconda commissione permanente giustizia. Si veda altresì la proposta n. 960 presentata alla Camera dei deputati il 12 maggio 2008 dall'onorevole Francesco Colucci assegnata alla seconda commissione permanente (giustizia) in sede referente il 29 maggio 2008. Un testo è stato presentato anche dall'onorevole Rosi Bindi il 29 settembre 2008 (atto della Camera n. 1712). L'onorevole Alessandra Mussolini, invece, ha presentato, il 25 settembre 2008, la proposta di legge n. 1703 di modifica dell'art. 262 c.c. concernente il cognome del figlio naturale, assegnata il 29 ottobre 2008 alla seconda commissione permanente (giustizia) in sede referente. Tutti i testi citati sono reperibili nel sito <http://www.parlamento.it>.

⁹⁸ La Convenzione del 18 dicembre 1979, in vigore dal 3 settembre 1981 tra 185 Stati, è stata ratificata dall'Italia con l. n. 132 del 10 giugno 1985. Nella proposta di legge si ricordano anche le due raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998 nelle quali «si invitavano gli Stati membri a realizzare la piena uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome ai loro figli».

⁹⁹ In caso di mancato accordo, il testo prevede che l'ufficiale di stato civile attribuisca al figlio entrambi i cognomi dei genitori «con precedenza del cognome paterno su quello materno». Per evitare poi la «proliferazione di cognomi», l'individuo con il doppio cognome trasmette ai propri discendenti solo il primo.

persone, la diffusione del principio dell'unicità dello *status* personale negli Stati membri dell'Unione europea, provocando la disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto comunitario, con conseguenze sui sistemi di diritto internazionale privato che, però, espletano i propri effetti, perché il diritto comunitario interviene in una fase successiva e solo nei limiti in cui venisse compromessa la libera circolazione delle persone, senza che venga a determinarsi alcun inconveniente perché la situazione si è già consolidata all'estero. È quindi necessaria, a differenza dell'applicazione del mutuo riconoscimento nell'ambito della libera circolazione delle merci, una valutazione caso per caso al fine di verificare gli effetti sulla libera circolazione delle persone.

Pertanto, non si può non sottolineare che l'intervento del legislatore nel senso di rimuovere fin dagli inizi norme che sono di ostacolo al diritto comunitario è la scelta preferibile. A tal proposito, basti ricordare che a seguito della pronuncia *Garcia Avello* l'ordinamento belga, nella legge di riforma di diritto internazionale privato del 2004, ha introdotto l'art. 39 secondo il quale una decisione giudiziaria o un atto amministrativo straniero relativi alla determinazione o al cambiamento di un cognome pur non essendo riconosciuti, in linea generale, in Belgio, producono effetti se conformi «aux règles relatives à la détermination du nom applicables dans l'État membre de l'Union européenne dont la personne possède également la nationalité».

Altri correttivi sono stati adottati in Italia che, piuttosto che procedere a una modifica della l. n. 218/95, ha preferito adottare talune circolari per evitare ogni possibile violazione del diritto comunitario. In particolare, con la circolare del Ministero dell'interno (Dipartimento per gli affari interni e territoriali) n. 397 del 15 maggio 2008¹⁰⁰, anteriore alla sentenza *Grunkin e Paul*, è stato precisato, con riferimento all'applicabilità dell'art. 98, comma 2, del d.p.r. n. 396/2000¹⁰¹, che deve essere esclusa la correzione automatica da parte dell'ufficiale dello stato civile dell'atto di nascita di un cittadino bipolide nato all'estero, al quale sia stato attribuito un cognome diverso da quello previsto dalla legge italiana. Tale limite di applicazione è disposto non solo nei

¹⁰⁰ La circolare è reperibile nel sito <http://www.interno.it>.

Si veda, sull'evoluzione normativa in materia di riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di *status*, con specifico riguardo alle numerose circolari adottate in Italia, S. TONOLO, *Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 849 ss., in specie p. 868, la quale sottolinea che la giurisprudenza comunitaria, che ha affermato il principio del riconoscimento degli *status* personali, «non può non influire anche sull'evoluzione della riconoscibilità degli atti e dei provvedimenti che riguardano il diritto al nome».

¹⁰¹ Secondo tale disposizione, «l'ufficiale dello stato civile provvede con le stesse modalità di cui al comma 1 nel caso in cui riceva, per la registrazione, un atto di nascita relativo a cittadino italiano nato all'estero da genitori legittimamente uniti in matrimonio ovvero relativo a cittadino italiano riconosciuto come figlio naturale ai sensi dell'art. 262, primo comma, del c.c., al quale sia stato imposto un cognome diverso da quello ad esso spettante per la legge italiana. Quest'ultimo cognome deve essere indicato nell'annotazione».

casi di soggetti con doppia cittadinanza italiana e di un altro Paese Ue¹⁰², proprio tenendo conto della pronuncia *Garcia Avello*, ma anche con riguardo a persone che a quella italiana affiancano la cittadinanza di uno Stato terzo anche alla luce delle ormai numerose decisioni delle autorità giurisdizionali italiane che hanno annullato i provvedimenti di correzione degli ufficiali dello stato civile perché, si sostiene nella circolare, l'art. 98, comma 2, «si riferisce ai soli casi di cittadini italiani nati all'estero e non menziona la diversa ipotesi di soggetti muniti di doppia cittadinanza»¹⁰³.

L'indicata circolare, se da un lato produce un indiscutibile effetto positivo nell'applicazione del diritto comunitario perché paralizza le conseguenze dell'art. 19 della l. n. 218/95 nella parte in cui prevede la prevalenza della cittadinanza italiana nei casi di doppia nazionalità, dall'altro lato lascia in piedi e in un certo senso consolida due effetti negativi. Da un lato, infatti, la circolare limita il potere di correzione automatica dell'ufficiale di stato civile nei soli casi in cui il bipolide sia nato all'estero e abbia ottenuto un cognome secondo la legge del Paese di nazionalità diversa da quella italiana, ma non contempla la situazione di un doppio cittadino che vive in Italia. In questi casi, l'art. 19 della l. n. 218/95 continuerà ad espletare i suoi effetti¹⁰⁴. Dall'altro lato, poi, per quanto riguarda i cittadini italiani nati all'estero, la circolare non fa altro che codificare una discriminazione a rovescio, con il rischio che il cittadino italiano possa avere un cognome diverso da quello attribuito nel luogo nel quale è nato rispetto a quello previsto in Italia. La circolare, infatti, non si occupa dei cittadini con un'unica nazionalità italiana che abbiano un figlio in un altro Stato nel quale è applicata la legge della residenza. In questi casi, ci sembra che rimanga fermo il potere di correzione automatica del cognome attribuito all'ufficiale di stato civile. La stessa circolare, che appare quindi in contrasto con la sentenza *Grunkin e Paul*, dispone che non sussiste alcun dubbio «circa la necessità di una correzione *ex lege* nel caso di soggetto in possesso della sola cittadinanza italiana che però, essendo nato all'estero, si è visto attribuire un cognome diverso da quello spettante ai sensi della legge italiana». Ora, alla luce del primato del diritto comunitario appare evidente che

¹⁰² Si veda anche la circolare 12 giugno 2008, K 60, «Disposizioni in ordine alle generalità da attribuire con decreto di concessione della cittadinanza italiana», adottata dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, reperibile nel sito <http://www.interno.it>.

¹⁰³ Tale osservazione ci sembra priva di pregio perché sono cittadini italiani anche coloro che affiancano a quella italiana la cittadinanza di un altro Stato, con la conseguenziale applicazione dell'art. 98.

¹⁰⁴ Il Tribunale di Verona, con decreto depositato il 21 gennaio 2009, su un caso di una coppia formata da un cittadino francese e un'italiana che aveva scelto di attribuire al figlio, avente doppia nazionalità, conformemente alla legge francese, il cognome materno, ha ritenuto che dovesse essere applicata la legge francese anche per conformità alla pronuncia *Garcia Avello*, con prevalenza, quindi, dei principi comunitari sull'art. 19 della l. n. 218/95. La pronuncia è pubblicata in *Famiglia e minori*, 2009, n. 9, p. 58, con commento di S. ARMELLINI - B. BAREL, *La soluzione adottata evita di discriminare i cittadini d'oltralpe*, *ivi*, p. 59 ss.

gli ufficiali dello stato civile dovranno disapplicare l'art. 98 in questa parte per garantire l'applicazione della libera circolazione delle persone e far circolare gli atti idonei ad assicurare tale libertà attraverso il mutuo riconoscimento al quale non potrà essere opposto l'art. 98 poc'anzi indicato, né la circolare ministeriale in oggetto.

A tal proposito, oltre ad avvalersi del diritto comunitario, si potrebbe fare ricorso a un'interpretazione ampia nell'applicazione dell'art. 95, comma 3, del d.p.r. n. 396/2000 che, nel disciplinare il procedimento giudiziario relativo agli atti di stato civile, prevede un'apposita disposizione in tema di cognome alla stregua della quale l'interessato ha il diritto di mantenere il cognome a lui attribuito «se questo costituisce ormai autonomo segno distintivo della sua identità personale».

Il diritto alla continuità del cognome, seppure nell'ottica della sua strumentalità rispetto alla libera circolazione delle persone, ci sembra debba portare a escludere l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato e di quelle sostanziali laddove siano contrarie al diritto comunitario che, grazie al principio del mutuo riconoscimento, limita l'applicazione delle disposizioni interne riconoscendo un primato alle scelte assunte nello Stato di origine ossia nel Paese nel quale è stato ottenuto il documento che attesta un determinato *status*, privilegiando, in questo modo, la realtà sociale della situazione¹⁰⁵ e assicurando stabilità allo *status* personale¹⁰⁶, come d'altra parte propone la stessa circolare nella parte in cui dispone che per l'ordinamento italiano il cognome «da prendere a riferimento è solo quello attribuito al momento della nascita, per motivi di coerenza con il sistema complessivo ed in coerenza con i principi costituzionali in materia di parità tra i sessi».

Marina Castellaneta*

¹⁰⁵ Sull'importanza di tale obiettivo, anche ai fini della rimozione dei limiti all'*exequatur* di una sentenza straniera, si veda la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 giugno 2007, nel caso *Wagner c. Lussemburgo* (in specie par. 132. V. *supra*, nota 1). Nella sentenza del 1° luglio 2008 (*Daróczy c. Ungheria*, ricorso n. 44378/05), la Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 8 relativo al rispetto della vita privata e familiare perché le autorità amministrative ungheresi avevano proceduto al cambio di cognome di una donna alla quale era stato attribuito un cognome erroneamente, malgrado la donna avesse portato un determinato cognome per ben 50 anni. Per la Corte europea, anche se gli Stati godono di un largo margine di apprezzamento nello stabilire le disposizioni che regolano il cognome, non possono non tenere conto dell'importanza del cognome nella vita privata di un individuo. Di conseguenza, ad avviso della Corte, proprio perché il nome è centrale nella «*self-identification*», la donna aveva il diritto di mantenere il cognome utilizzato fino ad allora.

¹⁰⁶ Cfr. M. HUNTER-HENIN, *Droit des personnes et droits de l'homme: Combinaison ou confrontation?*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2006, p. 743 ss.

* Professore Associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Bari.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE SI PRONUNCIA SULL'APPLICAZIONE EFFETTIVA DELLE NORME COMUNITARIE IN MATERIA DI IVA

Corte di giustizia

Sentenza del 3 settembre 2009 in causa n. C-2/08

Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c.
Fallimento Olimpiclub Srl

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - IVA - Primato del diritto comunitario - Disposizione del diritto nazionale che sancisce il principio dell'autorità di cosa giudicata - Art. 2909 codice civile italiano - Contrasto - Sussistenza.

Il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta¹.

*A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ La Corte suprema di cassazione ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE, vertente sull'applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata nei procedimenti giudiziari in materia di IVA. La questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di un procedimento che oppone il Fallimento Olimpiclub Srl all'Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e all'Agenzia delle Entrate in relazione ad avvisi di rettifica delle dichiarazioni IVA concernenti gli anni 1988-1991.

L'Olimpiclub, una società a responsabilità limitata il cui oggetto sociale è la costruzione e l'amministrazione di infrastrutture sportive, è proprietaria di un complesso di attrezzature sportive su un terreno di proprietà del demanio dello Stato italiano. Nel 1985 tale società stipulava con l'Associazione Polisportiva Olimpiclub – un'associazione senza scopo di lucro, i cui membri fondatori erano per lo più detentori delle quote sociali dell'Olimpiclub – un contratto che consentiva all'Associazione di usare tutte le attrezzature del complesso

sportivo. A titolo di corrispettivo, l'Associazione doveva, da un lato, assumere a proprio carico il pagamento allo Stato italiano del canone demaniale e, dall'altro lato, versare ogni anno cinque milioni di euro a titolo di rimborso spese forfetarie annuali, oltre a trasferire all'Olimpiclub le quote associative annuali versate dai soci.

In seguito all'effettuazione di alcuni controlli, l'Amministrazione fiscale deduceva che il contratto concluso tra le parti aveva come unico scopo quello di eludere la legge conseguendo un vantaggio fiscale; l'Amministrazione attribuiva così all'Olimpiclub tutto il reddito prodotto dall'Associazione durante gli anni oggetto del controllo fiscale e rettificava, di conseguenza, con quattro avvisi di rettifica, le dichiarazioni dell'IVA presentate dall'Olimpiclub per le annualità fiscali 1988-1991. L'Olimpiclub proponeva ricorso dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di primo grado di Roma che accoglieva il ricorso. L'Amministrazione fiscale interponeva appello avverso tale decisione dinanzi alla Commissione tributaria regionale del Lazio che confermava il provvedimento. La Corte di cassazione adita dall'Amministrazione fiscale si è alla fine rivolta alla Corte di giustizia.

In sostanza, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se, alla luce della giurisprudenza *Lucchini* (sentenza del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199, in questa *Rivista*, 2007, p. 729 con commento di M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, 2007, p. 733 ss.), il diritto comunitario imponga al giudice nazionale, investito di una causa, di disapplicare una disposizione nazionale sull'autorità di cosa giudicata (art. 2909, in base al quale si riconosce come definitiva una sentenza pronunciata da un diverso giudice in una causa avente il medesimo oggetto) qualora ciò impedisca allo stesso giudice di dichiarare, in una controversia vertente sul pagamento dell'IVA, che l'operazione di cui trattasi era volta in realtà unicamente a conseguire un vantaggio fiscale e costituiva quindi una pratica abusiva. La Corte di giustizia ha, innanzitutto, ribadito l'importanza del principio dell'autorità di cosa giudicata sia nell'ordinamento comunitario sia in quello nazionale.

A parere della Corte di giustizia, per garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici e la buona amministrazione della giustizia, è necessario che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (cfr., in proposito, sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239, massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55 e del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585, massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 82).

La Corte di giustizia, dopo avere precisato che le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, ha sottolineato come esse debbano essere conformi al principio di equivalenza e di effettività: esse cioè non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna e non devono essere strutturate in modo da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario. Ed è proprio alla luce del principio di effettività che, a parere della Corte di giustizia, deve essere risolto il caso di specie che consiste nell'impedire di rimettere in discussione qualsiasi accertamento vertente su un punto fondamentale comune contenuto in una decisione giurisdizionale che abbia acquisito efficacia di giudicato. Tale interpretazione, basata sulla non corretta applicazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, avrebbe notevoli ripercussioni per ciascun nuovo esercizio fiscale. Ne consegue, pertanto che il giudice nazionale, per non compromettere il principio di effettività, deve disapplicare la norma nazionale a favore delle disposizioni comunitarie.

IL DIRITTO COMUNITARIO TUTELA LE LAVORATRICI GESTANTI

Corte di giustizia

Sentenza del 29 ottobre 2009 in causa n. C-63/08

Virginie Pontin c. T-Comalux SA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Protezione delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento - Direttiva n. 92/85/Cee - Artt. 10 e 12 - Divieto di licenziamento tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità - Tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario - Parità di trattamento tra uomini e donne - Direttiva n. 76/207/Cee - Art. 2, n. 7, 3° comma - Trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità - Limitazione dei mezzi di ricorso a disposizione delle donne licenziate durante la gravidanza - Rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Gli artt. 10 e 12 della 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) devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla normativa di uno Stato membro che prevede un mezzo di ricorso specifico relativo al divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento enunciato al detto art. 10, esercitato secondo le modalità procedurali specifiche di tale ricorso, purché tuttavia esse non siano meno favorevoli di quelle relative a ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Un termine di decadenza di quindici giorni, come quello istituito dall'art. L. 337-1, n. 1, 4° comma, del code du travail, non sembra idoneo a soddisfare tale condizione, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare¹.

L'art. 2 della direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002, n. 2002/73/Ce, in combinato disposto con l'art. 3 di tale direttiva n. 76/20/Cee modificata, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa

di uno Stato membro, come quella introdotta dall'art. L. 337-1 del code du travail, specificamente adottata ai fini della protezione prevista all'art. 10 della direttiva n. 92/85/Cee in caso di licenziamento delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, che priva la lavoratrice subordinata gestante che è stata oggetto di una misura di licenziamento durante la gravidanza di un'azione giurisdizionale di risarcimento dei danni mentre quest'ultima può essere esercitata da qualsiasi altro lavoratore subordinato licenziato, qualora una tale limitazione dei mezzi di ricorso costituisce un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza. Ciò si verificherebbe, in particolare, se le modalità procedurali afferenti all'unica azione a disposizione in caso di licenziamento delle lavoratrici non rispettassero il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare².

¹⁻² Una lavoratrice gestante, la signora Pontin, nel procedimento principale, ha sostenuto l'illegittimità del licenziamento, ordinario e straordinario, deciso nei suoi confronti dal datore di lavoro, la società T-Comalux. Il giudice del rinvio ha sollevato due questioni relative alla compatibilità con le direttive comunitarie n. 92/85/Cee (in *Guce* n. L 348 del 1985, p. 1) e n. 76/207/Cee (in *Guce* n. L 39 del 1985, p. 15) dei termini posti dal diritto nazionale per la comunicazione dello stato di gravidanza e per la presentazione del ricorso in caso di licenziamento deciso dal datore di lavoro durante la maternità della lavoratrice.

Il Codice del lavoro lussemburghese prevede che un licenziamento contrario alla legge o che non sia giustificato da motivi gravi e reali, connessi con le capacità o il comportamento del lavoratore o con esigenze logistiche dell'impresa, dello stabilimento o del servizio, è abusivo e costituisce un atto illegittimo. Il datore di lavoro non può comunicare la risoluzione del rapporto o, eventualmente, una convocazione al colloquio preliminare, a una lavoratrice in stato di gravidanza già accertata, e per il periodo di dodici settimane successivo al parto.

Entro quindici giorni dalla risoluzione del contratto, la lavoratrice può proporre un'istanza di annullamento del licenziamento e la propria reintegrazione conformemente alle disposizioni nazionali contenute nel codice del lavoro.

La signora Pontin lavorava presso la società T-Comalux e, nel gennaio del 2007, le veniva notificato il licenziamento per colpa grave motivato da un'assenza ingiustificata dal lavoro superiore a tre giorni. Il giorno successivo all'avviso di licenziamento la ricorrente comunicava al datore di lavoro la nullità del licenziamento che le era stato intimato in quanto si trovava in stato interessante. In assenza di risposta da parte del datore di lavoro, la ricorrente adiva il Tribunale del lavoro di Lussemburgo per far dichiarare nullo il proprio licenziamento. Il giudice del rinvio ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali al fine di chiarire se la procedura prevista all'art. 337-1 del *Code du travail* sia conforme alla direttiva n. 92/85/Cee e consenta alle lavoratrici madri di far valere i propri diritti in via giurisdizionale, nell'ipotesi di violazione dei diritti contenuti all'art. 10 della direttiva n. 92/85/Cee che prevede le ipotesi di divieto di licenziamento.

La Corte di giustizia ha precisato che gli Stati membri devono adottare tutte le misure indispensabili per impedire il licenziamento delle lavoratrici di cui all'art. 10, punto 1 della direttiva n. 92/85/Cee nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità (cfr. art. 8 della direttiva). L'art. 10, n. 3, della direttiva n. 92/85/Cee prevede, inoltre, che gli Stati membri adottino le misure necessarie per tutelare le lavoratrici gestanti, puerpere e in periodo di allattamento contro gli effetti di un licenziamento non conforme ai sensi del medesimo articolo (cfr. sentenza dell'11 ottobre 2007 in causa n. C-460/06, *Paquay*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8511).

La Corte di giustizia, con riferimento al principio della tutela giurisdizionale effettiva dei

diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario, ha sottolineato come le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario debbano essere conformi ai principi di equivalenza (cfr. sentenza del 1° dicembre 1998 in causa n. C-326/96, *Levez*, in *Raccolta*, I, p. 7835, massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 71 e del 16 maggio 2000 in causa n. C-78/98, *Preston e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3201) e di effettività (cfr. sentenza del 21 febbraio 2008 in causa n. C-426/05, *Tele2 Telecommunication*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 685), ossia esse non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna e non devono rendere concretamente impossibile o smisuratamente difficile l'esercizio dei diritti accordati dall'ordinamento giuridico comunitario (cfr. sul punto, sentenza del 15 aprile 2008 in causa n. C-268/06, *Impact*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 2483).

La Corte di giustizia ha sottolineato come diverse giornate contabilizzate nel termine di quindici giorni potrebbero trascorrere prima che la donna gestante riceva la lettera che la informi del suo licenziamento. E compito del giudice nazionale verificare se le modalità procedurali previste dalla normativa nazionale siano conformi al principio di effettività; qualora tale conformità non sussista si ha il contrasto con la normativa comunitaria.

Con riferimento alla normativa nazionale che priva le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento che sono state oggetto di una misura di licenziamento durante la gravidanza, di un'azione giurisdizionale di risarcimento dei danni, mentre la medesima può essere esercitata da qualsiasi altro lavoratore subordinato licenziato, la Corte ha sottolineato come qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni connesse alla gravidanza costituisca una discriminazione ai sensi della medesima direttiva. Orbene, nel caso di specie, l'unico ricorso che può essere esperito da una gestante che sia stata licenziata durante la maternità è l'azione di nullità e di reintegrazione del posto di lavoro, con l'esclusione dell'azione di risarcimento dei danni. A parere della Corte di giustizia, qualora dovesse emergere che l'azione di nullità o di reintegrazione portino ad una violazione del principio di effettività, la tutela giurisdizionale offerta dall'art. 12 della direttiva n. 92/85/Cee sarebbe discriminatoria.

UNA COMPENSAZIONE PECUNIARIA È RICONOSCIUTA AI PASSEGGERI DI VOLI RITARDATI

Corte di giustizia

Sentenza del 19 novembre 2009 in cause riunite C-402/07 e C-432/07

Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon c. Condor Flugdienst GmbH (causa n. C-402/07) e Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz c. Air France SA (causa n. C-432/07)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regolamento Ce n. 261/2004 - Artt. 2, lett. 1, 5, 6 e 7 - Nozioni di «ritardo» e di «cancellazione» del volo - Diritto alla compensazione pecuniaria - Nozione di «circostanze eccezionali» - Riconoscimento della compensazione ai passeggeri di voli ritardati - Problemi tecnici.

Gli artt. 2, lett. 1, 5 e 6 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, devono essere interpretati nel senso che un volo ritardato, a prescindere dalla durata del ritardo e quand'anche essa sia stata significativa, non può essere considerato cancellato quando è realizzato in conformità alla programmazione originariamente prevista dal vettore aereo¹.

Gli artt. 5, 6 e 7 del regolamento n. 261/2004 devono essere interpretati nel senso che i passeggeri di voli ritardati possono essere assimilati ai passeggeri di voli cancellati ai fini dell'applicazione del diritto alla compensazione pecuniaria e che essi possono pertanto reclamare il diritto alla compensazione pecuniaria previsto dall'art. 7 di tale regolamento quando, a causa di un volo ritardato, subiscono una perdita di tempo pari o superiore a tre ore, ossia quando giungono alla loro destinazione finale tre ore o più dopo l'orario di arrivo originariamente previsto dal vettore aereo. Tuttavia, un siffatto ritardo non implica il diritto alla compensazione pecuniaria per i passeggeri se il vettore aereo è in grado di dimostrare che il ritardo prolungato è dovuto a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso, ossia circostanze che sfuggono all'effettivo controllo del vettore aereo².

L'art. 5, n. 3, del regolamento n. 261/2004 deve essere interpretato nel senso che un problema tecnico occorso ad un aeromobile e che comporta la cancellazione o il ritardo 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 controllo³.

¹⁻³ Il regolamento n. 261/2004 stabilisce i diritti dei passeggeri nelle ipotesi di mancato imbarco, di cancellazione del volo e nel caso di ritardo dello stesso. La Corte federale di cassazione tedesca e il Tribunale commerciale di Vienna hanno chiesto alla Corte di giustizia di chiarire, con riferimento al regolamento n. 261/2004 la distinzione tra le nozioni di «ritardo» e di «cancellazione» di un volo. Il Tribunale ha chiesto, altresì, delucidazioni sul significato dell'espressione «circostanze straordinarie» di cui all'art. 5, n. 3, del medesimo regolamento.

Le domande pregiudiziali sono state presentate nell'ambito di due controversie che hanno visto contrapposti, da un lato, il signor Sturgeon e la sua famiglia alla compagnia aerea Condor Flugdienst GmbH (in causa n. C 402/07) e, dall'altro lato, il signor Böck e la signora Lepuschitz alla compagnia aerea Air France SA (in causa n. C 432/07), in merito al rifiuto opposto da tali compagnie di offrire una compensazione pecuniaria ai passeggeri che sono giunti a destinazione con notevole ritardo (venticinque e ventidue ore) rispetto all'orario di arrivo previsto.

In sostanza, i ricorrenti nelle cause principali hanno chiesto ai giudici del rinvio di condannare le compagnie aeree al pagamento di una compensazione pecuniaria ai sensi dell'art. 7 del regolamento n. 261/2004 a causa del ritardo accumulato. La Condor e l'Air France hanno sostenuto che i ricorrenti non hanno diritto ad alcuna compensazione in quanto, da una parte, i voli in oggetto non sono stati cancellati, bensì soltanto ritardati e, dall'altra, il regolamento prevede il diritto alla compensazione solamente nell'ipotesi di cancellazione del volo. Inoltre, le compagnie hanno sostenuto che l'arrivo ritardato dei voli è stato dovuto a inconvenienti tecnici dell'aeromobile, rientranti nella nozione di «circostanze eccezionali» ai sensi dell'art. 5, n. 3, del regolamento n. 261/2004 che esonerano le compagnie dal risarcimento.

La Corte di giustizia, nel definire la nozione di «ritardo del volo» ha sottolineato come un volo ritardato, a prescindere dalla durata del ritardo, non può essere considerato cancellato quando comporta una partenza in conformità alla programmazione originariamente prevista. Per contro, il volo cancellato, è la conseguenza della mancata effettuazione di un volo originariamente previsto. Nel caso di specie, non può parlarsi di una cancellazione dei voli in quanto gli stessi sono stati realizzati con un ritardo consistente.

Con riferimento al diritto alla compensazione pecuniaria riconosciuta in caso di ritardo, la Corte di giustizia ha sottolineato come nel testo del regolamento non vi sia l'espresso riconoscimento di un risarcimento ai passeggeri di voli ritardati (cfr. sentenze del 19 settembre 2000 in causa n. C-156/98, *Germania c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6857 e del 7 dicembre 2006 in causa n. C-306/05, *SGAE*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11519, massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 319).

La Corte di giustizia, in proposito, si è domandata se un'interpretazione del quindicesimo considerando del regolamento ai sensi del quale vengono definite le circostanze eccezionali, possa far riconoscere ai passeggeri di voli ritardati una compensazione pecuniaria. Tale conclusione è perfettamente in linea con la finalità del regolamento n. 261/2004 che è quella di garantire un elevato livello di protezione ai passeggeri degli aerei, a prescindere dal fatto che si trovino in una situazione di imbarco negato, di cancellazione o di ritardo del volo. Inoltre, a parere della Corte di giustizia, le disposizioni che conferiscono ai passeggeri il diritto alla compensazione pecuniaria devono essere interpretate estensivamente (cfr., in questo senso, sentenza del 22 dicembre 2008 in causa n. C-549/07, *Wallentin-Hermann*, inedita in *Raccolta*, massimata in questa *Rivista*, 2008, p. 791).

La Corte di giustizia ha, pertanto, concluso nel senso di equiparare la situazione dei passeggeri di voli ritardati a quella dei passeggeri di voli cancellati in quanto entrambi i passeggeri subiscono un medesimo danno derivante da un'inutile perdita di tempo che deve essere risarcito. Non sussiste, pertanto, e così conclude la Corte di giustizia, alcuna considerazione oggettiva tale da giustificare una differenza di trattamento tra le due categorie di passeggeri (cfr. sentenze del 14 dicembre 2004 in causa n. C-210/03, *Swedish Match*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 11893, massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 98; del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *IATA e ELFAA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 403 e in questa *Rivista*, 2006, p. 41 con commento di M. FRAGOLA, *Convenzione di Montreal e norme comunitarie sull'«overbooking»: la Corte di giustizia riconosce la legittimità dei principi "chiave" dell'ordinamento comunitario*, 2006, p. 51 nonché del 9 luglio 2009 in causa n. C-204/08, *Rehder*, inedita in *Raccolta*, massimata in questa *Rivista*, 2009, p. 545). Tuttavia, ha precisato, infine, la Corte, qualora la compagnia aerea sia in grado di dimostrare che il ritardo era dovuto a circostanze eccezionali che sfuggivano all'effettivo controllo della compagnia aerea e che comunque non si sarebbero potute evitare, il risarcimento ai passeggeri di voli ritardati deve essere negato.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA I CRITERI PER ACCEDERE AL TIROCINIO PREPARATORIO NELLE PROFESSIONI LEGALI

Corte di giustizia

Sentenza del 10 dicembre 2009 in causa n. C-345/08

Krzysztof Peśła c. Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione dei lavoratori
- Art. 39 CE - Rifiuto dell'accesso al tirocinio giuridico di preparazione
alle professioni legali regolamentate - Candidato che ha ottenuto la lau-**

rea in giurisprudenza in un altro Stato membro - Criteri di esame di equipollenza delle conoscenze acquisite - Livello delle conoscenze richieste del diritto dello Stato membro ospitante - Effetto utile dell'art. 39 CE - Esercizio effettivo delle libertà fondamentali garantite dagli artt. 39 e 43 CE - Riconoscimento parziale delle conoscenze provate dall'interessato.

L'art. 39 CE deve essere interpretato nel senso che le conoscenze da prendere come elemento di riferimento ai fini della valutazione dell'equipollenza delle formazioni in seguito ad una domanda di ammissione diretta ad un tirocinio preparatorio alle professioni legali, senza sostenere le prove previste a tale scopo, sono quelle attestate dalla qualificazione richiesta nello Stato membro in cui il candidato chiede di accedere ad un tirocinio siffatto¹.

L'art. 39 CE deve essere interpretato nel senso che, quando le autorità competenti di uno Stato membro esaminano la domanda di un cittadino di un altro Stato membro diretta a ottenere l'accesso ad un periodo di formazione pratica per esercitare successivamente una professione legale regolamentata, come il tirocinio preparatorio alle professioni legali in Germania, detto articolo non impone di per sé che tali autorità, nel contesto dell'esame di equipollenza richiesto dal diritto comunitario, esigano dal candidato soltanto un livello di conoscenze giuridiche inferiore a quelle attestate dalla qualificazione richiesta in tale Stato membro per l'accesso ad un siffatto periodo di formazione pratica. Si deve tuttavia precisare che, da un lato, detto articolo non osta nemmeno ad una tale riduzione della qualificazione richiesta e che, dall'altro, occorre che, in pratica, la possibilità di un riconoscimento parziale delle conoscenze attestate dalle qualificazioni provate dall'interessato non resti semplicemente fittizia, il che spetta al giudice del rinvio verificare².

¹⁻² Non è la prima volta che la Corte di giustizia si pronuncia sulle condizioni necessarie che devono essere soddisfatte da un cittadino comunitario per accedere alla professione forense in uno Stato membro diverso dal proprio affermando che gli ordinamenti nazionali hanno piena autonomia al riguardo nel senso di essere liberi di decidere le condizioni preparatorie all'esercizio di una professione.

Nel caso di specie, la domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato il signor Peśla, cittadino polacco, e il Ministero della Giustizia del Land Meclemburgo-Pomerania, per il rifiuto, da parte di quest'ultimo, di ammettere il ricorrente, — senza sostenere una prova attitudinale nelle materie giuridiche che sono obbligatorie per le prove relative al primo esame di Stato in diritto —, al tirocinio preparatorio alle professioni legali in qualità di tirocinante.

Nel corso dell'anno 2003, il signor Peśla otteneva la laurea in giurisprudenza presso l'Università di Poznań in Polonia. Nel 2005, la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Francoforte sull'Oder (Germania), presso la quale, dal 1998, aveva seguito studi corrispondenti a quelli effettuati in Polonia, gli conferiva, al termine di un corso di formazione giuridica tedesco-polacco, il titolo accademico di «Master of German and Polish Law» e, nel febbraio 2005, il titolo accademico di «Bachelor of German and Polish Law». Nel 2005, il signor Peśla presentava una domanda di ammissione al tirocinio preparatorio alle professioni legali nel Land Meclemburgo-Pomerania. La sua domanda di equipollenza ai sensi dell'art. 112 a della legge tedesca sull'ordinamento giudiziario veniva rigettata dagli organi

competenti sulla base del fatto che le conoscenze di diritto tedesco richieste per gli attestati conseguiti dal signor Peśla nel corso di Master of German and Polish Law erano di livello nettamente inferiore a quello delle prove scritte del primo esame di Stato nelle materie obbligatorie. Il ricorrente avrebbe dovuto, perciò, partecipare ad una nuova prova attitudinale. Il signor Peśla proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo di Schwerin avverso la decisione di rigetto e il giudice del rinvio rivolgeva alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali per chiarire se le conoscenze necessarie per valutare se il richiedente di un'ammissione ad un tirocinio preparatorio alle professioni legali, che non sostenga le prove previste a tale scopo, possieda un livello di conoscenze equivalente a quello richiesto per accedere ad un siffatto tirocinio nello Stato membro interessato. Inoltre, alla Corte è stato chiesto di chiarire se, per non determinare un contrasto con il principio della libera circolazione dei lavoratori, sia possibile prevedere una "riduzione" del livello delle conoscenze del diritto dello Stato membro ospitante necessarie ai fini dell'ammissione al tirocinio giuridico di preparazione che precede obbligatoriamente il secondo esame di Stato in diritto e l'ammissione alle professioni legali.

La Corte ha sottolineato come, nel caso specie, il signor Peśla non possa avvalersi della direttiva n. 98/5/Ce volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica (in *Guce* n. L 77 del 1998, p. 36), perché essa si riferisce soltanto all'avvocato abilitato come tale a tutti gli effetti nel proprio Stato membro di origine (cfr. sentenza del 13 novembre 2003 in causa n. C-313/01, *Morgenbesser*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13467, massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 771). In Germania, l'esercizio delle attività di tirocinante per le professioni legali è inteso come parte pratica della formazione necessaria per accedere alle professioni legali tedesche. Tali attività non possono, pertanto, essere qualificate come «professione regolamentata» ai sensi della direttiva n. 89/48/Cee relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni (in *Guce* n. L 19 del 1989, p. 16) ora sostituita dalla direttiva n. 2005/36/Ce (in *Gu-Ue* n. L 255 del 2005, p. 22). Alla data dei fatti della causa principale, il ricorrente non aveva ottenuto la qualificazione professionale necessaria per accedere alla professione di avvocato in Polonia.

La Corte di giustizia ha sottolineato come i tirocinanti debbano essere considerati lavoratori ai sensi dell'art. 39 CE (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) e che, in mancanza di un'armonizzazione delle condizioni di accesso ad una professione, gli Stati membri possono definire le conoscenze e le qualificazioni necessarie all'esercizio di tale professione esigendo l'esistenza di un diploma attestante tali conoscenze (cfr. sentenze del 15 ottobre 1987 in causa n. 222/86, *Heylens e a.*, in *Raccolta*, 1987, p. 4097; del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357, in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, 1992, p. 669 nonché del 7 maggio 1992 in causa n. C-104/91, *Aguirre Borrell e a.*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3003, massimata in questa *Rivista*, 1994, p. 719). Tuttavia, le norme nazionali non devono costituire un ostacolo ingiustificato all'esercizio effettivo delle libertà fondamentali garantite dal TCE (cfr. sentenza del 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663 e in questa *Rivista*, 1995, p. 87 con commento di E. ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, p. 91).

Le autorità di uno Stato membro, quando devono esaminare la domanda di un cittadino di un altro Stato membro diretta a ottenere l'accesso ad un periodo di formazione pratica per esercitare successivamente una professione regolamentata, sono tenute a considerare sia la qualificazione professionale dell'interessato procedendo ad un esame comparativo tra la qualificazione attestata dai suoi diplomi, certificati e altri titoli, nonché dalla sua esperienza professionale nel settore considerato, sia la qualificazione professionale richiesta dalla normativa nazionale (cfr. sentenze del 14 settembre 2000 in causa n. C-238/98, *Hocsman*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6623; del 22 gennaio 2002 in causa n. C-31/00, *Dreessen*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 663, massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 85; dell'8 luglio 1999 in causa n. C-234/97, *Fernández de Bobadilla*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4773, massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 107 e del 7 ottobre 2004 in causa n. C-255/01, *Markopoulos e a.*, in *Raccolta*,

2004, I, p. 9077).

Ed è proprio sulla base di tale raffronto che la Corte di giustizia ha precisato come, nel caso della professione di avvocato, uno Stato membro ha il diritto di procedere ad un esame comparativo dei diplomi tenendo conto delle differenze rilevate tra gli ordinamenti giudiziari nazionali interessati. Ciò per evitare che un soggetto, come il ricorrente, possa accedere al tirocinio di preparazione senza possedere le minime conoscenze, sia del diritto tedesco, sia della stessa lingua tedesca. Ne consegue che per essere ammessi ad un tirocinio preparatorio alla professione di avvocato occorrono le conoscenze richieste dallo Stato membro in cui verrà fatto il tirocinio, ossia dallo Stato ospitante (sentenza del 1° febbraio 1996 in causa n. C-164/94, *Aranitis*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 135, massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 339).

Infine, sull'esame dell'equipollenza, la Corte di giustizia ha precisato come il diritto comunitario non imponga che l'accesso ad un'attività professionale in uno Stato membro sia soggetto a requisiti inferiori a quelli normalmente richiesti ai cittadini dello stesso Stato. La Corte di giustizia ha ammesso, altresì, il verificarsi di un parziale riconoscimento qualora il raffronto tra le qualificazioni dei candidati interessati e le conoscenze richieste riveli solo una corrispondenza parziale.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 2005/36/CE E PRECISA LA NOZIONE DI PROFESSIONE REGOLAMENTATA

Corte di giustizia

Sentenza del 17 dicembre 2009 in causa n. C-586/08

Angelo Rubino c. Ministero dell'Università e della Ricerca

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2005/36/Ce - Riconoscimento di diplomi - Nozione di «professione regolamentata» - Selezione di un numero predeterminato di persone attraverso una valutazione comparativa che attribuisce un titolo di limitata validità temporale – Idoneità scientifica nazionale - Docente universitario - Diniego.

La circostanza che l'accesso ad una professione sia riservato ai candidati selezionati mediante una procedura diretta ad ottenere un numero predeterminato di persone sulla base di una valutazione comparativa dei candidati piuttosto che mediante l'applicazione di criteri assoluti e che conferisce un titolo la cui validità temporale è strettamente limitata non implica che tale professione sia una professione regolamentata ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. a., della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, n. 2005/36/CE, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali¹.

Tuttavia, gli artt. 39 CE e 43 CE impongono che le qualifiche acquisite in altri Stati membri siano riconosciute per il loro giusto valore e siano debitamente prese in considerazione nell'ambito di tale procedura².

¹⁻² La direttiva n. 2005/36/CE (in *Gu-Ue* n. L 255 del 2005, p. 22), oggetto di interpretazione, consolida in un unico testo di sessantacinque articoli le direttive n. 89/48, n. 92/51, nonché la direttiva n. 1999/42/CE. Tale direttiva consolida, inoltre, le dodici direttive setto-

riali relative agli infermieri (n. 77/452/Cee e n. 77/453/Cee), ai dentisti (n. 78/686/Cee e n. 78/687/Cee), ai veterinari (n. 78/1026/Cee e n. 78/1027/Cee), alle ostetriche (n. 80/154/Cee e n. 80/155/Cee), ai farmacisti (n. 85/432/Cee e n. 85/433/Cee), agli architetti (n. 85/384/Cee), nonché ai medici (n. 93/16/Ce). La direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento giuridico con il dlgs n. 206 del 6 novembre 2007 (in *Guri* n. 261 del 9 novembre 2007).

La garanzia, conferita dalla direttiva n. 2005/36/Ce ai soggetti che hanno acquisito una qualifica professionale in uno Stato membro, di accedere alla medesima professione in un altro Stato membro con gli stessi diritti dei cittadini di quest'ultimo non esonera il soggetto migrante dal rispetto di eventuali condizioni di esercizio che non siano discriminatorie, ma proporzionate e giustificate (cfr. terzo *considerando* della direttiva).

La questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 3 e 47 CE, nonché della direttiva n. 2005/36/Ce sul riconoscimento delle qualifiche professionali è stata sollevata nell'ambito di una controversia che vede contrapposti, da un lato il signor Rubino, cittadino italiano e, dall'altro lato, il Ministero dell'Università e della Ricerca per il rifiuto da parte di quest'ultimo di accogliere la domanda del signor Rubino relativa all'inserimento nella lista dei possessori dell'idoneità scientifica nazionale (di seguito denominata: «ISN») tenuta dal Ministero. Il signor Rubino otteneva nel corso dell'anno 2005 l'idoneità all'insegnamento universitario in qualità di professore ordinario nel sistema di istruzione superiore tedesco. Il signor Rubino chiedeva più volte il riconoscimento in Italia delle qualifiche acquisite in Germania al fine di essere iscritto nell'elenco dei professori dell'ISN. Il Ministero, tuttavia, respingeva più volte le domande presentate giustificando che la direttiva n. 2005/36/Ce non trova applicazione in quanto la professione di docente universitario non può essere considerata una professione regolamentata ai sensi della direttiva. Ed è così che il TAR del Lazio, adito dal ricorrente, ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se il fatto di escludere i docenti universitari dalle professioni regolamentate possa costituire un ostacolo al principio della libera circolazione dei lavoratori e del reciproco riconoscimento dei diplomi.

In particolare, la Corte di giustizia ha dovuto chiarire se la circostanza che l'accesso a tale professione sia riservato ai candidati che hanno superato una procedura di selezione come quella che conduce all'ISN faccia divenire tale professione una professione regolamentata ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. a., della direttiva n. 2005/36. Una professione regolamentata (cfr. sentenze dell'8 luglio 1999 in causa n. C-234/97, *Fernández de Bobadilla*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4773, massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 107 e del 9 settembre 2003 in causa n. C-285/01, *Burbaud*, *Raccolta*, 2003, I, p. 8219) è un'attività professionale disciplinata direttamente o indirettamente, per quanto riguarda le condizioni di accesso o di esercizio, da norme legislative, regolamentari o amministrative che impongono il possesso di determinate qualifiche professionali (art. 3, n. 1, lett. a.). E le qualifiche professionali possono essere comprovate da un titolo di formazione o da un attestato di competenza rilasciato a seguito di un esame specifico non preceduto da una formazione (art. 3, n. 1, lett. b., e 11, lett. a., i.).

Il ricorrente ha sostenuto che l'ISN costituisce un attestato di competenza rilasciato a seguito di un esame specifico non preceduto da una formazione e costituisce, pertanto, una professione regolamentata.

La Corte di giustizia ha osservato come i sistemi generali di riconoscimento dei diplomi introdotti dalle direttive n. 89/48/Cee e n. 92/51/Cee non vertano sulla scelta delle procedure di selezione e di reclutamento previste per assegnare un posto di lavoro e come tali sistemi non possano essere fatti valere per fondarvi un diritto ad essere effettivamente assunti. Il signor Rubino non può avvalersi della direttiva n. 2005/36/Ce per ottenere di essere parzialmente esonerato da una procedura di selezione e di reclutamento. L'ottenimento dell'ISN rappresenta una fase di selezione nella procedura di reclutamento dei docenti universitari. Tale procedura comprende due fasi, la prima delle quali è costituita dall'ottenimento dell'ISN. I possessori di questo titolo sono iscritti nell'elenco dei titolari dell'ISN e possono successivamente, nella seconda fase della procedura di selezione, candidarsi ad un posto specifico presso un'altra università per essere quindi assunti secondo i criteri previsti dalle varie università.

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che il fatto di aver superato una selezione al termine di una procedura per l'ottenimento di un numero predeterminato di per-

sone attraverso una valutazione comparativa dei candidati, piuttosto che mediante l'applicazione di criteri generali, non può essere considerata una qualifica professionale ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. *b.*, della direttiva n. 2005/36. Il signor Rubino ha chiesto, infatti, di essere incluso nell'elenco dei possessori dell'ISN senza doversi sottoporre alla procedura di selezione prevista dalla normativa nazionale applicabile.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE ED I DIRITTI FONDAMENTALI, MA NON INVIOLABILI, CONTENUTI NELLA CEDU

Corte di cassazione - Sezioni Unite Civili
Sentenza del 24 giugno - 11 novembre 2008 n. 26972*

Presidente *V. Carbone* - Relatore *R. Preden*

Art. 2059 cc. - Danno non patrimoniale - Nozione e contenuto - Risarcimento nei soli casi previsti dalla legge - C.d. danno esistenziale - Risarcibilità - Esclusione.

Con l'importante decisione 11 novembre 2008 n. 26972 (di contenuto identico ad altre tre sentenze, tutte depositate contestualmente) le Sezioni Unite della Cassazione hanno non solo composto i precedenti contrasti sulla risarcibilità del c.d. danno esistenziale, ma hanno anche più in generale riesaminato approfonditamente i presupposti ed il contenuto della nozione di «danno non patrimoniale» di cui all'art. 2059 c.c.

La sentenza ha innanzitutto ribadito che il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (ad esempio, nel caso in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato); e quella in cui la risarcibilità del danno in esame, pur non essendo espressamente prevista da una norma di legge ad hoc, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzional-

* Il testo completo della sentenza è reperibile: sul sito web <http://lider-lab.sssup.it/joomla/>; in *Danno e resp.*, n. 1/2009, p. 5 ss.; in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II parte, p. 486 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 56 ss.; in *Corr. giur.*, 2009, p. 410 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I parte, p. 117 ss. In argomento v. *infra*, p. 801 ss., il commento di ANGELO VIGLIANISI FERRARO.

mente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione.

La decisione è quindi passata ad esaminare il contenuto della nozione di danno non patrimoniale, stabilendo che quest'ultimo costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva. È, pertanto, scorretto e non conforme al dettato normativo pretendere di distinguere il c.d. «danno morale soggettivo», inteso quale sofferenza psichica transeunte, dagli altri danni non patrimoniali: la sofferenza morale non è che uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell'unico ed unitario danno non patrimoniale, e non un pregiudizio a sé stante.

Da questo principio è stato tratto il corollario che non è ammissibile nel nostro ordinamento la concepibilità d'un danno definito «esistenziale», inteso quale la perdita del fare reddituale della persona. Una simile perdita, ove causata da un fatto illecito lesivo di un diritto della persona costituzionalmente garantito, costituisce né più né meno che un ordinario danno non patrimoniale, di per sé risarcibile ex art. 2059 c.c., e che non può essere liquidato separatamente sol perché diversamente denominato.

Quando, per contro, un pregiudizio del tipo definito in dottrina «esistenziale» sia causato da condotte che non siano lesive di specifici diritti della persona costituzionalmente garantiti, esso sarà irrisarcibile, giusta la limitazione di cui all'art. 2059 c.c.

Da ciò le SS.UU. hanno tratto spunto per negare la risarcibilità dei danni non patrimoniali cc.dd. "bagatellari", ossia quelli futili od irrisori, ovvero causati da condotte prive del requisito della gravità, ed hanno al riguardo avvertito che la liquidazione, specie nei giudizi decisi dal giudice di pace secondo equità, di danni non patrimoniali non gravi o causati da offese non serie, è censurabile in sede di gravame per violazione di un principio informatore della materia.

La sentenza è completata da tre importanti precisazioni in tema di responsabilità contrattuale, liquidazione e prova del danno.

Per quanto attiene la responsabilità contrattuale, le SS.UU. hanno precisato che anche dall'inadempimento di una obbligazione contrattuale può derivare un danno non patrimoniale, che sarà risarcibile nei limiti ed alle condizioni già viste (e quindi o nei casi espressamente previsti dalla legge, ovvero quando l'inadempimento abbia leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione).

Per quanto attiene la liquidazione del danno, le SS.UU. hanno ricordato che il danno non patrimoniale va risarcito integralmente, ma senza duplicazioni: deve, pertanto, ritenersi sbagliata la prassi di liquidare in caso di lesioni della persona sia il danno morale sia quello biologico; come pure quella di liquidare nel caso di morte di un familiare sia il danno morale, sia quello da perdita del rapporto parentale: gli uni e gli altri, per quanto detto, co-

stituiscono infatti pregiudizi del medesimo tipo.

Infine, per quanto attiene la prova del danno, le SS.UU. hanno ammesso che essa possa fornirsi anche per presunzioni semplici, fermo restando però l'onere del danneggiato [rectius: di provare n.d.r.] gli elementi di fatto dai quali desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio.

(Omissis) **In diritto**

2. Il risarcimento del danno non patrimoniale è previsto dall'art. 2059 c.c. («Danni non patrimoniali») secondo cui «Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge».

All'epoca dell'emanazione del codice civile l'unica previsione espressa del risarcimento del danno non patrimoniale era racchiusa nell'art. 185 del codice penale del 1930.

La giurisprudenza, nel dare applicazione all'art. 2059 c.c., si consolidò nel ritenere che il danno non patrimoniale era risarcibile solo in presenza di un reato e ne individuò il contenuto nel c.d. danno morale soggettivo, inteso come sofferenza contingente, turbamento dell'animo transeunte.

2.1. L'insostenibilità di siffatta lettura restrittiva è stata rilevata da questa Corte con le sentenze n. 8827 e n. 8828/2003, in cui si è affermato che nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione – che, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica. *(Omissis)*

2.2. Queste Sezioni unite condividono e fanno propria la lettura, costituzionalmente orientata, data dalle sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 all'art. 2059 c.c. e la completano nei termini seguenti.

2.3. Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

Il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c.

L'art. 2059 c.c. non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043 c.c. (e da altre norme, quali quelle che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva), elementi che consistono nella condotta, nel nesso causale tra condotta ed evento di danno, connotato quest'ultimo dall'ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela, e nel danno che ne consegue (danno-conseguenza, secondo opinione ormai consolidata: Corte cost. n. 372/1994; S.u. n. 576, 581, 582, 584/2008).

2.4. L'art. 2059 c.c. è norma di rinvio. Il rinvio è alle leggi che determinano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale. L'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale si ricava dall'individuazione delle norme che prevedono siffatta tutela.

2.5. Si tratta, in primo luogo, dell'art. 185 c.p., che prevede la risarcibilità del danno patrimoniale conseguente a reato («Ogni reato, che abbia cagionato un danno

patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui»).

2.6. Altri casi di risarcimento anche dei danni non patrimoniali sono previsti da leggi ordinarie in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2 l. n. 117/1998: danni derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; art. 29, comma 9, l. n. 675/1996: impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44, comma 7, dlgo n. 286/1998: adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2 l. n. 89/2001: mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo).

2.7. Al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Per effetto di tale estensione, va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c., il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico, del quale è data, dagli artt. 138 e 139 dlgo n. 209/2005, specifica definizione normativa (sentenze n. 15022/2005; n. 23918/2006). In precedenza, come è noto, la tutela del danno biologico era invece apprestata grazie al collegamento tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 Cost. (come ritenuto da Corte cost. n. 184/1986), per sottrarla al limite posto dall'art. 2059 c.c., norma nella quale avrebbe ben potuto sin dall'origine trovare collocazione (come ritenuto dalla successiva sentenza della Corte n. 372/1994 per il danno biologico fisico o psichico sofferto dal congiunto della vittima primaria).

Trova adeguata collocazione nella norma anche la tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.) (sentenze n. 8827 e n. 8828/2003, concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto).

Eguale sorte spetta al danno conseguente alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, preservata dagli artt. 2 e 3 Cost. (sentenza n. 25157/2008).

2.8. La rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) (sentenze n. 8827/2003; n. 15027/2005; n. 23918/2006).

Sul piano della struttura dell'illecito, articolata negli elementi costituiti dalla condotta, dal nesso causale tra questa e l'evento dannoso, e dal danno che da quello consegue (danno-conseguenza), le due ipotesi risarcitorie si differenziano in punto di evento dannoso, e cioè di lesione dell'interesse protetto.

Sotto tale aspetto, il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sentenza n. 500/1999), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona (sentenze n. 15027/2005; n. 23918/2006).

2.9. La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria.

2.10. Nell'ipotesi in cui il fatto illecito si configuri (anche solo astrattamente: S.u. n. 6651/1982) come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati (nel caso di illecito plurioffensivo: sentenze n. 4186/1998; S.u. n. 9556/2002), nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica. (*Omissis*)

2.11. Negli altri casi determinati dalla legge la selezione degli interessi è già compiuta dal legislatore. Va notato che, nei casi previsti da leggi vigenti richiamati in precedenza, il risarcimento è collegato alla lesione di diritti inviolabili della persona: alla libertà personale, alla riservatezza, a non subire discriminazioni.

Non può tuttavia ritenersi precluso al legislatore ampliare il catalogo dei casi determinati dalla legge ordinaria prevedendo la tutela risarcitoria non patrimoniale anche in relazione ad interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili, privilegiandone taluno rispetto agli altri (Corte cost. n. 87/1979).

Situazione che non ricorre in relazione ai diritti predicati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955, quale risulta dai vari Protocolli susseguitisi, ai quali non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno (Corte cost. n. 348/2007).

2.12. Fuori dai casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona: deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata. (*Omissis*)

2.14. Il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso.

La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana.

3. Si pone ora la questione se, nell'ambito della tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, possa inserirsi, come categoria autonoma, il c.d. danno esistenziale.

3.1. (*Omissis*)

Tale figura di danno nasceva dal dichiarato intento di ampliare la tutela risarcitoria per i pregiudizi di natura non patrimoniale incidenti sulla persona, svincolandola dai limiti dell'art. 2059 c.c., e seguendo la via, già percorsa per il danno biologico, di operare nell'ambito dell'art. 2043 c.c. inteso come norma regolatrice del risarcimento non solo del danno patrimoniale, ma anche di quello non patrimoniale concernente la persona.

Si affermava che, nel caso in cui il fatto illecito limita le attività realizzatrici della persona umana, obbligandola ad adottare nella vita di tutti i giorni comportamenti diversi da quelli passati, si realizza un nuovo tipo di danno (rispetto al danno morale soggettivo ed al danno biologico) definito con l'espressione «danno esistenziale».

Il pregiudizio era individuato nella alterazione della vita di relazione, nella perdita della qualità della vita, nella compromissione della dimensione esistenziale della persona. Pregiudizi diversi dal patimento intimo, costituente danno morale soggettivo, perché non consistenti in una sofferenza, ma nel non poter più fare secondo i modi precedentemente adottati, e non integranti danno biologico, in assenza di lesione all'integrità psicofisica. (*Omissis*)

Al danno esistenziale era dato ampio spazio dai giudici di pace, in relazione alle più fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone: la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell'animale di affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal *black-out* elettrico. In tal modo si risarcivano pregiudizi di dubbia serietà, a prescindere dall'individuazione dell'interesse leso, e quindi del requisito dell'ingiustizia. (*Omissis*)

3.4.1. In presenza di reato, superato il tradizionale orientamento che limitava il risarcimento al solo danno morale soggettivo, identificato con il patema d'animo transeunte, ed affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale nella sua più ampia accezione, anche il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare (ma sarebbe meglio dire: nella sofferenza morale determinata dal non poter fare) è risarcibile.

La tutela risarcitoria sarà riconosciuta se il pregiudizio sia conseguenza della lesione almeno di un interesse giuridicamente protetto, desunto dall'ordinamento positivo, ivi comprese le convenzioni internazionali (come la già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955), e cioè purché sussista il requisito dell'ingiustizia generica secondo l'art. 2043 c.c. E la previsione della tutela penale costituisce sicuro indice della rilevanza dell'interesse leso.

3.4.2. In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona. (*Omissis*)

3.5. Il pregiudizio di tipo esistenziale, per quanto si è detto, è quindi risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria. (*Omissis*)

E non è prospettabile illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., come rinviogorito da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003, in quanto non ammette a risarcimento, al di fuori dei casi previsti dalla legge (reato ed ipotesi tipiche), i pregiudizi non patrimoniali conseguenti alla lesione non di diritti inviolabili, ma di interessi genericamente rilevanti, poiché la tutela risarcitoria minima ed insopprimibile vale soltanto per la lesione dei diritti inviolabili (Corte cost. n. 87/1979).

3.7. Il superamento dei limiti alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, che permangono, nei termini suesposti, anche dopo la rilettura conforme a Costituzione dell'art. 2059 c.c., può derivare da una norma comunitaria che preveda il risarcimento del danno non patrimoniale senza porre limiti, in ragione della prevalenza

del diritto comunitario sul diritto interno.

Va ricordato che l'effetto connesso alla vigenza di norma comunitaria è quello non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale (Corte cost. n. 170/1984; S.u. n. 1512/1998; Cass. n. 4466/2005). (*Omissis*)

3.9. Palesemente non meritevoli dalla tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità. Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale. (*Omissis*)

4.1. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale.

Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni. (*Omissis*)

4.10. Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza (Cass. n. 8827 e n. 8828/2003; n. 16004/2003), che deve essere allegato e provato.

Va disattesa, infatti, la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di "danno evento". La tesi, enunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 184/1986, è stata infatti superata dalla successiva sentenza n. 372/1994, seguita da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003.

E del pari da respingere è la variante costituita dall'affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe in *re ipsa*, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo.

(*Omissis*)

IL DANNO NON PATRIMONIALE E I DIRITTI INVIOLABILI DELL'UOMO SECONDO LA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Sommario: *Premessa. I pregi e i limiti di una presa di posizione giurisprudenziale attesa e scontata - 1. Il ruolo del diritto dell'Unione europea (e della Carta di Nizza) nella nuova configurazione del danno non patrimoniale - 2. L'ingiustificata esclusione della CEDU (e delle altre Carte di diritto internazionale) dal novero delle fonti contenenti diritti meritevoli di tutela non patrimoniale - 3. La nuova lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ed una non chiara interpretazione del concetto di diritto inviolabile dell'uomo - 4. Il rischio di nuovi, inauspicabili contrasti fra Corti - 5. I problemi irrisolti di una presa di posizione giurisprudenziale non conclusiva.*

Premessa. I pregi e i limiti di una presa di posizione giurisprudenziale attesa e scontata

Con le ormai note sentenze n. 26972-26975 dell'11 novembre 2008¹, re-

¹ Le sentenze sono reperibili sul sito web <http://lider-lab.sssup.it/joomla/>, con un primo commento di G. COMANDÈ, *La verità, vi prego, sul danno esistenziale*. In *Danno e resp.*, n. 1/2009, p. 5 ss. è possibile leggere, invece, le note di C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*; S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS. UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*; e C. SGANGA, *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*. In *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II parte, p. 486 ss., sono apparsi i commenti di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite*, e di R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*. In *Foro it.*, 2009, I, c. 121 ss. è possibile trovare, invece, le annotazioni di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; di R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*; di G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*; e di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*. In *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 56 ss. quelle di P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; di D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; e di P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*. In *Corr. giur.*, 2009, p. 410 ss., quelle di A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*; e di S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*. In *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I parte, p. 117 ss., quelle di

se a seguito dell'ordinanza di rimessione n. 4712/2008², le Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione hanno portato (o, almeno, tentato di portare) a compimento l'opera di *restyling* della figura del danno non patrimoniale nell'ordinamento giuridico italiano, dando sèguito ad un percorso giurisprudenziale (inaugurato con le pronunce n. 8827 e n. 8828 del 2003³), teso da un lato a consacrare il principio secondo cui, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., quest'ultima disposizione va considerata come l'unica norma codicistica applicabile in materia di *non-economic damages*⁴, e dall'altro ad erigere un solido argine contro richieste (e pronun-

E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*; e di M. DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*. Ed *ibidem*, II parte, p. 71 ss. quelle di P. CENDON, *L'urlo e la furia*; di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*; e di G. PONZANELLI, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*. Cfr., inoltre, G. CASSANO *Le Sezioni Unite si pronunciano sul danno non patrimoniale ed esistenziale. Primissime note critiche*, in www.personaedanno.it; S. DELLE MONACHE, *Alla ricerca del danno esistenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, p. 315 ss.; R. DE MATTEIS, *I danni alla persona dopo le S. U. del 2008*, in *La resp. civ.*, 2009, p. 651 ss.; M. FORNACIARI, *Il danno non patrimoniale dopo le sezioni unite: prime riflessioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 803 ss.; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, n. 1/2009, p. 5 ss.; M. GAGLIARDI, *Il "nuovissimo" sistema di risarcimento del danno: le voci del danno non patrimoniale tra tipicità degli interessi protetti e interpretazione costituzionalmente orientata*, reperibile sul sito <http://lider-lab.sssup.it/joomla/>; G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia "creativa" delle Sezioni Unite*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 379 ss.; E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e resp.*, n. 4/2009, p. 363 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistemiche*, *ibidem*, p. 373 ss.; P. ZIVIZ, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. prev.*, n. 12/2008, p. 2419 ss. Un'ampia e variegata panoramica sulle diverse posizioni dottrinali rispetto alle sentenze del novembre 2008 è, infine, rinvenibile sulla rivista *Giur. it.*, 2009, p. 1023 ss., nella parte relativa a *Dottrina e attualità giuridica*, curata da P. RESCIGNO, nonché nell'opera AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2009.

² Il testo del provvedimento è stato pubblicato in *Danno e resp.*, n. 5 del 2008, p. 553 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle Sezioni Unite*; e di M. BONA, *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo ciak*.

³ Corte di cassazione, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 ss., con nota di F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate: la Corte di Cassazione e il danno alla persona*; G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*; e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 685 ss., con nota di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*; di P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura*; e di P. ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1031, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*.

⁴ Le Sezioni Unite censurano, del resto, i tentativi, proposti in dottrina, di superare tale impostazione giurisprudenziale, ricollegando la rilevanza costituzionale non all'interesse leso, ma al pregiudizio sofferto, ed in tal modo confondendo «il piano del pregiudizio da riparare con quello dell'ingiustizia da dimostrare» e realizzando una sostanziale «abrogazione surrettizia dell'art. 2059 c.c. nella sua lettura costituzionalmente orientata» (così nel punto 3.5. della sentenza n. 26972 del 2008), ovvero identificando il danno esistenziale con la lesione di qualsiasi bene giuridicamente rilevante, così riconducendo «il preteso danno sotto la disciplina dell'art. 2043 c.c., dove il risarcimento è dato purché sia leso un interesse genericamente rilevante per l'ordinamento» (par. 3.6.).

ce) risarcitorie aventi un fondamento giuridico alquanto fragile⁵.

Le sentenze gemelle del 2008, ribadendo quanto stabilito un lustro prima dallo stesso *Gran Plenum* della Suprema Corte, si sono orientate verso la radicale eliminazione di quella che è stata da più parti considerata la principale causa della moltiplicazione delle domande liquidatorie, ossia la tradizionale e obsoleta visione tripartita della figura di danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c.⁶. Sotto questo profilo, le decisioni dei giudici di legittimità sono balzate all'onore della cronaca (e della critica dottrinale) soprattutto per aver risolutamente negato la possibilità di riconoscere al danno esistenziale⁷ (nonché al danno biologico⁸ e al danno morale soggettivo⁹) la dignità di fattispecie (o anche solo di "voce") risarcitoria autonoma¹⁰.

⁵ Cfr. F. GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ.*, 2003, p. 1292 ss.

⁶ Sul tema si rinvia a G. PONZANELLI (a cura di), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, Cedam, 2007.

⁷ La letteratura sul tema è vastissima. Cfr. M. BONA, *Danno esistenziale (voce)*, in *Dig. disc. priv., sez. Civile, Agg. I*, Torino, Utet, 2003, p. 654 ss.; P. CENDON - P. ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, Giuffrè, 2003; M. COMPORI, *Fatti illeciti (artt. 2043 - 2059)*, in *Co-dice Civile* (diretto da P. SCHLESINGER e F. BUSNELLI), Milano, Giuffrè, 2002; A. LIBERATI, *La liquidazione del danno esistenziale*, Padova, Cedam, 2004; G. PONZANELLI (a cura di), *Critica al danno esistenziale*, Padova, Cedam, 2003; Id., *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, Cedam, 2004; G. ALPA, *Il danno alla persona oltre le esperienze nazionali: una prospettiva europea*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 325 ss.; F. D. BUSNELLI, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 237 ss.; C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 237 ss.; A. D'ADDA, *I nuovi assetti del danno alla persona: dal danno biologico al danno esistenziale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 353 ss.; A. DIDONE, *Il danno "esistenziale" da irragionevole durata del processo tra Cassazione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 333 ss.; M. ROSSETTI, *Danno esistenziale: adesione, iconoclastia o ...?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 213 ss.

⁸ La figura del danno biologico è stata consacrata, «con la sbalorditiva formula "in via sperimentale"» (così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 243), in alcune discipline legislative di settore, come quelle contenute nell'art. 13 del dlgo n. 38 del 23 febbraio 2000 in materia di infortuni sul lavoro, nell'art. 5 della legge n. 57 del 5 marzo 2001 in tema di responsabilità da circolazione stradale, nonché – più recentemente – negli artt. 138 e 139 del dlgo n. 209/2005 (Codice delle Assicurazioni Private). Quest'ultima normativa, in particolare, è stata criticata, per il suo *fumus* di illegittimità costituzionale (ossia per eccesso di delega), dagli stessi sostenitori del danno esistenziale. Cfr., da ultimo, M. BONA, *La saga del danno esistenziale*, cit. *supra*, nota 2, p. 563.

⁹ Figura che, secondo i giudici supremi, pur essendo stata «recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio» (poiché «né l'art. 2059 c.c. né l'art. 185 c.p. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio»), ed «era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela» (dal momento che, secondo la Cassazione «la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo»). Così nel par. 2.10 della sentenza n. 26972/2008.

¹⁰ I giudici supremi chiariscono *apertis verbis* che «di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere», poiché tale figura «era stata proposta nel dichiarato intento di supplire ad un vuoto di tutela, che ormai più non sussiste». Così nel punto 3.4. della sentenza n. 26972 del 2008. Invero, come ricordano le stesse Sezioni Unite (nel par. 2.13 della stessa pronuncia), già le decisioni n. 8827 e n. 8828 del 2003 «avevano avuto cura di precisare che non era proficuo ritagliare all'interno della (...) categoria del danno non patrimoniale specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo, e di rilevare che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. doveva essere riguardata non già come occasione di incremento delle poste di danno (e mai come strumento di duplicazione del risarcimento (...)), ma come mezzo per colmare le

Elaborato – come evidenzia la Cassazione in un'ampia e articolata premessa ricostruttiva – con l'apprezzabile fine di ampliare la salvaguardia degli interessi della persona, riconoscendo protezione risarcitoria anche «alla sfera del fare non reddituale del soggetto»¹¹ (o più genericamente alle attività realizzatrici del soggetto), il danno esistenziale era finito per assicurare tutela anche a «risibili (...) pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone»¹².

Di qui il tentativo (condivisibile e meritorio) del Collegio Supremo di chiudere la porta alla tutela di «diritti del tutto immaginari» (come «il "diritto" alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici»)¹³, tentativo che si spinge tuttavia sino all'affermazione secondo cui «al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione»¹⁴.

Una affermazione – quella appena riportata – che non pare possa andare, invero, immune da critiche, nella misura in cui, per un verso opera probabilmente (attraverso il ricorso «alla formula dei "diritti inviolabili" invece che a quella degli "interessi costituzionalmente protetti" di cui alle decisioni...del 2003»¹⁵) una restrizione particolarmente drastica¹⁶, e non condivisibile, del concetto di "ingiustizia costituzionalmente qualificata"¹⁷, così contravvenen-

lacune della tutela risarcitoria della persona».

¹¹ Cfr. il punto 3.1. della decisione n. 26972 del 2008.

¹² Così nel par. 3.2. della pronuncia n. 26972/2008, ove le Sezioni Unite riportano alcuni esempi di pregiudizi immeritevoli di tutela risarcitoria: «la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell'animale di affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal *black-out* elettrico».

¹³ Così nel citato par. 3.9 della pronuncia delle Sezioni Unite.

¹⁴ Così nel par. 2.7 della sentenza. Nel punto 2.9 della stessa pronuncia si evidenzia che «la risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria». Nel par. 2.12, poi, il concetto viene nuovamente ripreso, e i giudici affermano che «fuori dai casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona: deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata».

¹⁵ A rilevarlo è R. DEL PUNTA, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008: riflessioni di sistema e ricadute lavoristiche*, in *Giur. it.*, n. 4/2009, p. 1040.

¹⁶ Di «una lettura della Costituzione che limita anziché ampliare le prerogative soggettive» ha parlato G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 537, sottolineando che «la rilevanza ordinaria di un interesse ne giustifica il risarcimento, mentre per la tutela di un interesse non patrimoniale si dovrebbe isolare un carattere inviolabile di una situazione personale».

¹⁷ D. CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 141 ss. «logica conseguenza è la mancata tutela di diritti comunque, anche se non inviolabili, garantiti dalla Costituzione, che (...) costituisce il punto di riferimento della legiti-

do forse alle stesse istanze evidenziate dalla Corte costituzionale nella nota pronuncia n. 233 del 2003¹⁸; e, per un altro verso, conduce ad una poco persuasiva ricostruzione del rapporto tra CEDU e norme nazionali (dettata verosimilmente da una non convincente lettura della recente impostazione prospettata al riguardo dal giudice delle leggi¹⁹)²⁰.

La Consulta, avallando quanto deciso dalla Suprema Corte nelle sentenze n. 8827 e n. 8828 del 2003, sottolineò «l'indubbio pregio» delle pronunce in questione «di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona» mediante una corretta «interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona»²¹.

Le nuove *guide-lines* interpretative fornite dalle Sezioni Unite nel novembre del 2008 sembrerebbero però avvolgere nuovamente di un *fumus* di illegittimità costituzionale l'art. 2059 c.c., laddove, oltre a negare la c.d. "tutela risarcitoria minima" ad alcuni diritti contenuti nella Costituzione (diversi da quelli che la Suprema Corte considera – alla stregua di non ben precisati parametri – "inviolabili"), esse escludono che diritti proclamati in fonti sovraordinate rispetto alla legge, vincolanti per lo stesso legislatore (*rectius*: per lo Stato nel suo complesso) giusta l'art. 117 Cost., e riferiti certamente a "valori inerenti alla persona", possano godere della garanzia riconosciuta ai diritti "inviolabili" proclamati (o desumibili in via interpretativa) dalla Carta Costituzionale²².

timidità costituzionale delle leggi. Si autorizza, in tal caso, implicitamente, il danneggiante a violare impunemente diritti garantiti dalla Carta fondamentale, in contrasto con la stessa coscienza sociale (...) che ritiene la nostra Costituzione meritevole di essere rispettata integralmente e non solo nei suoi diritti inviolabili».

¹⁸ Cfr., *ex multis*, i commenti di M. BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 939 ss.; P. CENDON - P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale)*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1777 ss.; G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 5 ss.

¹⁹ Il riferimento va chiaramente alle ben note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, sulle quali si tornerà in questo lavoro.

²⁰ Come si vedrà meglio da qui a breve, le Sezioni Unite negano infatti che i diritti predicati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo meritino una tutela non patrimoniale analoga a quella riconosciuta ai diritti inviolabili sanciti nella Costituzione.

²¹ Così nel par. 3.4. della pronuncia del 2003.

²² Di «restrizioni non supportate da alcun fondamento normativo» ha parlato M. BONA, *Dal sistema al caos: le ragioni per resistere alle sentenze (non vincolanti delle Sezioni Unite)*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 73, sottolineando che «una volta ritenuto che l'art. 2059 c.c. sia da interpretarsi alla luce della Costituzione, siffatto rinvio, in assenza di diverse indicazioni dal diritto positivo, dovrebbe logicamente operare a 360° per tutte le posizioni ivi tutelate».

1. Il ruolo del diritto dell'Unione europea (e della Carta di Nizza) nella nuova configurazione del danno non patrimoniale

Le sentenze del 2008 tentano di formulare un definitivo chiarimento su come debbano essere interpretate ed applicate le norme dell'intero impianto codicistico in materia di responsabilità extracontrattuale²³.

I giudici di legittimità asseriscono, infatti, che «la rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.)»²⁴; ed analizzando la struttura dell'illecito aquiliano, così come articolata nei suoi ben noti elementi essenziali, precisano che il danno non patrimoniale si distingue da quello patrimoniale solo «in punto di evento dannoso, e cioè di lesione dell'interesse protetto», poiché, mentre l'ipotesi risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c. è connotata da atipicità²⁵, la fattispecie disciplinata dall'art. 2059 c.c. è caratterizzata da tipicità²⁶, risultando risarcibile il danno solo nei casi determinati dalla legge o nelle ipotesi in cui vi sia una lesione costituzionalmente qualificata²⁷.

Non nascondendo l'intento di mettere mano ad una completa e definitiva opera di "modernizzazione" dell'istituto del danno non patrimoniale, le Sezioni Unite affrontano *ex cathedra*, ma forse in modo eccessivamente sbrigativo, il delicato problema concernente il rapporto tra l'art. 2059 c.c. e le fonti comunitarie eventualmente applicabili in materia.

I giudici supremi chiariscono, al riguardo, che «il superamento dei limiti alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, che permangono, nei termi-

²³ G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale*, cit. *supra*, nota 1, p. 381 ss., ha evidenziato, in realtà, che la recente presa di posizione delle Sezioni Unite sembra veramente "creativa" «nella misura in cui (...) non si limita ad assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, ma definisce le linee del sistema di riferimento talvolta modificandone i tratti e apportando innovazioni significative».

²⁴ Così nel punto 2.8. della sentenza n. 26972/2008.

²⁵ I giudici supremi ricordano che, sin dalla famosa sentenza n. 500/1999, l'ingiustizia del danno è ravvisabile nella lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante. Cfr. G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, Jovene, 1979 e F. FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, Milano, Giuffrè, 1992.

²⁶ Secondo C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit. *supra*, nota 1, p. 6, si tratterebbe, invero, di una mera contraddizione. L'autore, pur continuando a sostenere la sua antica tesi circa la tipicità dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., rileva che «poiché la norma fa parola di danno ingiusto, senza distinguere tra danno patrimoniale e no, coerenza imporrebbe che il sintagma venisse inteso nel senso dell'atipicità o della tipicità, senza distinguere tra danno patrimoniale e non patrimoniale». A conclusioni simili sembra giungere A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite*, cit. *supra*, nota 1, p. 36 ss., ma anche un nutrito numero di studiosi richiamati da quest'ultimo autore.

²⁷ Così come sancito dalla stessa Corte di cassazione in alcune importanti sentenze, quali la n. 15027/2005 e la n. 23918/2006.

ni suesposti, anche dopo la rilettura conforme a Costituzione dell'art. 2059 c.c., può derivare da una norma comunitaria che preveda il risarcimento del danno non patrimoniale senza porre limiti, in ragione della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno»²⁸.

Una sintetica analisi delle principali norme comunitarie (comprese quelle desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia²⁹) consente di affermare che l'ipotesi, pur correttamente prospettata dai giudici supremi, è al momento solo teorica, poiché, per espressa scelta del legislatore comunitario (ribadita anche recentemente), in tema di danno non patrimoniale (o, per adoperare la terminologia europea, di danno morale o immateriale), vi è ampio rinvio alle discipline nazionali³⁰.

La stessa autorità giudiziaria di Lussemburgo (apparsa sino ad oggi molto più conciliante, da questo punto di vista, rispetto alla Corte europea dei diritti dell'uomo), nel rimettersi alla discrezionalità degli organi legislativi e giurisdizionali statali circa l'individuazione delle modalità di risarcimento

²⁸ Così nel punto 3.7. della sentenza n. 26972 del 2008, ove la Corte di cassazione ricorda che «l'effetto connesso alla vigenza di una norma comunitaria è quello non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale». Il problema che una siffatta impostazione pone continua ad essere quello di una "discriminazione alla rovescia" a svantaggio delle fattispecie di rilevanza meramente nazionale. Sul tema sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *La storia infinita del caso R. C. Auto, tra diritto italiano e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 107 ss., e ID., *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, in *Danno e resp.*, 5/2007, p. 518 ss. e 6/2007, p. 629 ss.

²⁹ Come è noto le sentenze della Corte di giustizia rivestono, anche secondo l'orientamento unanime della giurisprudenza italiana, un valore giuridico vincolante identico a quello ricoperto 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.

³⁰ Cfr., a titolo meramente esemplificativo, la direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio del 25 luglio 1985 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29 ss. In uno dei *considerando* di tale documento normativo si legge che «la direttiva non pregiudica il risarcimento del *pretium doloris* e di altri danni morali eventualmente previsto dalla legge applicabile nella fattispecie», e nell'art. 9 si ha la conferma che la disciplina in questione «lascia impregiudicate le disposizioni nazionali relative ai danni morali» (vedasi sul punto la giurisprudenza, di analogo tenore, della Corte di giustizia in materia; cfr., per tutte, le sentenze del 10 maggio 2001 in causa n. C-203/99, *Henning Vedfald, e Århus Amtskommune*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3569, par. 29 e 32 e in questa *Rivista*, 2002, p. 45 con commento di M. BORRACCETTI, *Prodotto difettoso usato per il trapianto di un organo umano: responsabilità dell'ospedale per danno da lesioni personali*, p. 51 e del 12 marzo 2002 in causa n. C-168/00, *Simone Leitner*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 360 ss. e in questa *Rivista*, 2002, p. 281 con commento di M. FRAGOLA, *La Corte di giustizia riconosce la risarcibilità del danno morale "da vacanza rovinata" alla luce dell'ordinamento comunitario*, p. 287). Si rinvia, in senso analogo, all'art. 13 della direttiva n. 2004/48/Ce (c.d. direttiva *Enforcement*) sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale; e all'art. 5, n. 2, comma 4° della direttiva n. 90/314/Cee, su viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso". Cfr., inoltre, sul tema, l'art. 7.4.1. del Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Definizione del ruolo e del regime delle azioni collettive nel settore del diritto comunitario del consumo» in *Gu-Ue* n. C 162 del 25 giugno 2008, p. 1 ss.; la sez. 4.10 dell'allegato I del Libro verde sulla «Revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori» (2007/C 61/01), in *Gu-Ue* n. C 61 del 15 marzo 2007, p. 1 ss.; e l'art. 3.3.4 del Libro verde sul «Risarcimento alle vittime di reati» (Com(2001)536 def.), reperibile in www.eur-lex.europa.eu.

dei danni (soprattutto, di quelli non patrimoniali) derivanti ai privati da violazioni di norme comunitarie, si è limitata a richiedere agli Stati membri di garantire il principio di effettività³¹ e di equivalenza³², statuendo di conseguenza che «le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli a quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna» (c.d. clausola del trattamento nazionale) e «non possono essere coneggnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento» (c.d. clausola della *soglia minima di efficacia*)³³.

Invero, il problema (considerato forse troppo frettolosamente dalle Sezioni Unite) di un possibile contrasto tra norme dell'Unione europea e art. 2059 c.c., troverà, probabilmente, una più concreta probabilità di emersione nel momento in cui, essendo ormai divenuta a tutti gli effetti vincolante la Carta di Nizza, inizierà a formarsi una giurisprudenza sovranazionale (in ipotesi, anche discordante con quella delle Corti nazionali) attorno ai diritti proclamati nel documento in questione (e, magari, anche riguardo alla tutela non patrimoniale da apprestare ai privati): a quel punto la "cedevolezza" dell'or-

³¹ Cfr., tra le tante, le sentenze del 13 febbraio 1979 in causa n. 101/78, *Granaria*, in *Raccolta*, 1979, p. 623, punto 14 e in questa *Rivista*, 1979, p. 675 con commento di N. PARISI, *La responsabilità extracontrattuale delle Comunità Europee*, p. 677; del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, p. 669 e del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4620. Peraltro, i giudici comunitari chiariscono che «i presupposti della responsabilità appena ricordati sono necessari e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, ma non escludono che la responsabilità dello Stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive, sulla base del diritto nazionale». Così R. CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, n. 1/2004, p. 31. Sul punto si rinvia ad E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 73.

³² La Corte ha più volte chiarito, peraltro, che il criterio dell'equivalenza non può prevalere su quello dell'effettività, per cui, sarebbe illegittimo comunitariamente subordinare l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli «ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario. Infatti, la prescrizione di una simile condizione ulteriore si risolverebbe nel rimettere in discussione il diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario». Punti 78 e 79 della sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 ss. 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 e di L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause Brasserie du pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas*, p. 63 ss.; A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 770, osserva che, invero, «si tratta di una alternativa riduttiva, giacché il giudizio di "gravità e trasparenza" della violazione non mette fuori gioco la colpa, ma la riempie semmai di quei contenuti concreti che possono veramente consentire di formulare quel giudizio di disfavore» che la Corte intende mettere in risalto.

³³ Così nel punto 43 della decisione *Francovich*. In senso analogo viene risolto il problema nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit. *supra*, nota 32, punti 82-85. Nella pronuncia della Corte Efta del 20 giugno 2008 in causa n. E-8/07, *Celina Nguyen c. Stato norvegese*, in *Report of the Efta Court*, 2008, p. 224 (v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 263 del 16 ottobre 2008, p. 4), si è stabilito che «non è compatibile con le direttive assicurazione autoveicoli – prima, seconda e terza – escludere il risarcimento del danno non patrimoniale ("pretium doloris"), che costituisce una forma di responsabilità civile, dal sistema di assicurazione obbligatoria ai sensi della legislazione nazionale».

dinamento italiano, così come correttamente ribadita dai giudici supremi, potrebbe condurre all'obbligo per le autorità giudiziarie nazionali di disapplicare (o, eventualmente, di interpretare conformemente al diritto europeo) l'art. 2059 del codice civile, al fine di garantire l'*effet utile du droit européen*³⁴.

Sarebbe, tuttavia, interessante chiedersi sin da ora in quale misura sia possibile far rientrare tra le situazioni meritevoli di protezione risarcitoria i diritti predicati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (così come sembra aver inteso fare, sia pur maldestramente, la III sez. civ. della Corte di cassazione nella sentenza n. 29191 del 12 dicembre 2008³⁵), considerando, da un lato, il contenuto di alcune pronunce della Corte costituzionale italiana in virtù delle quali, già prima della sua formale entrata in vigore, si è riconosciuto al documento proclamato nel 2000 un valore particolarmente rilevante³⁶, o una sua innegabile effettività giuridica³⁷, in quanto «carattere

³⁴ Due recenti pronunce della Corte di giustizia possono essere richiamate a suffragio di tale conclusione. La prima è la sentenza del 21 giugno 2007 in cause riunite da n. C-231/06 a n. C-233/06, *Jonkman*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 5149 ss., massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 750, 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». La seconda è la sentenza *Lucchini* 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, ove la Corte di giustizia ha, invece, messo in discussione perfino il principio italiano dell'intangibilità della *res judicata*, stabilendo che «per effetto del principio del primato del diritto comunitario, il giudice nazionale ha l'obbligo (...) – all'occorrenza – di disapplicare, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione della legislazione nazionale ad esse contrari. Pertanto l'art. 2909 del codice civile italiano (...) va disapplicato, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con (...) una decisione della Commissione divenuta definitiva». Sul tema, si rinvia ad A. CARIOIA, *Schema a tesi per uno studio sulla responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale: le posizioni formali assunte dalla Corte e le esigenze di risarcimento integrale delle situazioni giuridiche lese*, in AA. VV., *I danni: verso quali prospettive?*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 153-154.

³⁵ La sentenza conferma e specifica un principio contenuto già nella decisione della stessa III sez. civ., n. 28407, datata 28 novembre 2008. I giudici supremi, eludendo con grande abilità ermeneutica i vincoli imposti dalla recente presa di posizione delle Sezioni Unite, stabiliscono che «nella valutazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto alla salute, la valutazione di tale voce, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona (la sua integrità morale: art. 2 della Costituzione in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, che il Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008 n. 190, [omissis] collocando la dignità umana come la massima espressione della sua integrità morale e biologica) deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, senza che possa considerarsi il valore della integrità morale una quota minore del danno alla salute». Vi è da dire che la Corte di cassazione, oltre a citare erroneamente la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di riforma dell'Unione europea (si tratta, infatti, della legge n. 130 del 2008), sembra dimenticare che il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, e pubblicato in *Gu-Ue* n. C 306 del 17 dicembre 2007, non aveva all'epoca alcun valore vincolante (né era dato sapere se mai ne avrebbe avuto), essendo entrato in vigore solo il 1° dicembre 2009 (dopo la ratifica di tutti gli Stati membri dell'Unione europea).

³⁶ Cfr. B. CARUSO - M. MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000 - 2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, parte III, 2009, p. 182 ss.

³⁷ Si rinvia, anche a fini bibliografici, ad A. FERRARO, *Costituzione europea e diritti fonda-*

espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei»³⁸ e, dall'altro, la possibilità (avallata dalle stesse Sezioni Unite) per il giudice nazionale di farsi interprete dell'*esprit du temps* e rinvenire nel sistema costituzionale (e dunque anche nell'art. 11 Cost.) "indici" (non meglio precisati³⁹) idonei ad identificare «nuovi interessi emersi nella realtà sociale» meritevoli di essere asurti a diritti inviolabili dell'uomo»⁴⁰.

A questo spinoso problema, tuttavia, le Sezioni Unite non sembrano aver minimamente inteso fare riferimento nelle loro pronunce del 2008.

2. L'ingiustificata esclusione della CEDU (e delle altre Carte di diritto internazionale) dal novero delle fonti contenenti diritti meritevoli di tutela non patrimoniale

Come si è già accennato, peraltro, alla totale apertura della Corte di cassazione verso il diritto comunitario corrisponde una (discutibile) chiusura nei confronti di altre fonti di diritto internazionale, e, paradossalmente, proprio di quelle firmate e rese esecutive in Italia al fine di garantire una più piena e completa tutela ai diritti fondamentali dell'uomo⁴¹.

Nel sancire la possibilità per il legislatore di «ampliare il catalogo dei casi determinati dalla legge ordinaria prevedendo la tutela risarcitoria non patrimoniale anche in relazione ad interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili, privilegiandone taluno rispetto agli altri»⁴², i giudici supremi chiariscono che tale «situazione non ricorre in relazione ai diritti predicati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955⁴³, quale risulta dai vari Protocolli susseguitisi, ai quali non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue

mentali dell'uomo, in questa *Rivista*, 2004, *passim*.

³⁸ Cfr. Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135, punto 2.1 in diritto; 23 novembre 2006, n. 393, punto 6.2 in diritto, e 23 novembre 2006, n. 394, punto 6.4 in diritto; e, più recentemente, 23 dicembre 2008, n. 438.

³⁹ Vedasi, sul punto, I. PAGNI, *Dall'illecito al danno: le fatiche della non patrimonialità*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1043.

⁴⁰ Corsivi aggiunti.

⁴¹ Si pensi, per citarne solo alcune, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia del 1989 o alla Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina del 1997. E si considerino, ancora, le indicazioni normative fornite in materia di diritto alla salute, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), agenzia dell'ONU istituita nel 1948.

⁴² Così nel par. 2.11 della sentenza n. 26972 del 2008, in cui viene richiamata anche la pronuncia della Corte costituzionale n. 87/1979.

⁴³ Ovviamente, le Sezioni Unite, pur citando per due volte nella sentenza n. 26972/2008 la legge n. 88 del 1955, intendono riferirsi alla legge n. 848 del 4 agosto 1955 (*sic!*).

dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno»⁴⁴.

Non è agevole comprendere quale significato si debba attribuire a quest'ultimo inciso: certamente parrebbe da escludere che le Sezioni Unite, oltre a negare che i diritti contenuti nella Convenzione europea del 1950 debbano essere considerati inviolabili, o anche più semplicemente costituzionalmente protetti, abbiano anche inteso precludere al legislatore la possibilità di accordare di volta in volta ed in maniera specifica la tutela di cui all'art. 2059 c.c. ai diritti proclamati nella CEDU – si tratterebbe, infatti, di valutazioni che potrebbero al più competere al giudice delle leggi (il solo a poter indirettamente delineare *ex cathedra* i confini costituzionalmente compatibili del raggio di azione del legislatore⁴⁵) –.

Una siffatta impostazione sarebbe inaccettabile per una serie di ragioni; *a fortiori* se si considera che da tempo ormai «il rinvio di cui all'art. 2059» è stato esteso «non soltanto verso norme secondarie attributive di diritti al risarcimento del danno *de quo*, ma anche verso norme primarie ricognitive di interessi non patrimoniali», come sembrano dimostrare le «concomitanti affermazioni con le quali le Sezioni Unite si sono proposte di consolidare, una volta per tutte, la risarcibilità del danno non patrimoniale "contrattuale"»⁴⁶.

Quale che sia la lettura da dare alla precisazione dei giudici supremi da ultimo richiamata, può certamente asserirsi che la presa di posizione della Corte Suprema sembra trascurare che i diritti contenuti nella CEDU (quand'anche si potessero effettivamente considerare privi del carattere della inviolabilità) sono comunque stati recepiti in Italia con una legge ordinaria, la quale ha ovviamente dato esecuzione pure agli artt. 41 ("Equa soddisfazione") e 46 ("Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze") della Convenzione stessa: disposizioni che

⁴⁴ Così nel punto 2.11, *cit. supra*, nota 42, della sentenza n. 26972/2008. Le Sezioni Unite, precisano, peraltro, nel par. 3.4.1, della stessa pronuncia, che, viceversa, «in presenza di reato (...) anche il pregiudizio non patrimoniale (...) è risarcibile (...) se (...) sia conseguenza della lesione almeno di un interesse giuridicamente protetto, desunto dall'ordinamento positivo, ivi comprese le convenzioni internazionali (come la già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (...)), e cioè purché sussista il requisito dell'ingiustizia generica secondo l'art. 2043 c.c.».

⁴⁵ Sul tema si rinvia, *ex pluribus*, ad A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3199 ss.; F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, II, 1988, p. 17 ss.; ID., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982; N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di opportunità delle leggi*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, Cedam, 1984; V. ONIDA - M. D'AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, Torino, Giappichelli, 1998; R. PINARDI, *La Corte e il legislatore: spunti di riflessione in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 788; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988.

⁴⁶ Così R. DEL PUNTA, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008*, *cit. supra*, nota 15, p. 1038 ss.

hanno sino ad oggi consentito, senza grandi difficoltà, alla Corte europea dei diritti dell'uomo di riconoscere a privati cittadini (anche italiani), lesi nei loro diritti fondamentali sanciti dal *Bill of Rights* del 1950, il diritto ad un equo risarcimento per le perdite non economiche subite.

La Corte di cassazione, basandosi probabilmente su alcune recenti (e controverse) pronunce della Consulta (in particolare le ben note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007⁴⁷), parrebbe inoltre dimenticare che la Convenzione del 1950 (al pari, del resto, di altri qualsiasi altro trattato internazionale) resta comunque "fonte interposta", e, pertanto, quantunque collocata (discutibilmente⁴⁸) ad un livello *sub-costituzionale* (e non *sub-legale*, come sembrerebbe suggerire l'impostazione dei giudici supremi!), risulta essere in ogni caso prevalente (almeno in linea di principio) rispetto alla legge ordinaria⁴⁹ (pena – al di là di ogni altra considerazione – la violazione del vincolo disposto dall'art. 117 Cost.)⁵⁰.

Tralasciando ogni valutazione circa le asimmetrie dogmatiche cui potrebbe dar vita la scelta delle Sezioni Unite – le quali vorrebbero riservare un trattamento deteriore proprio ad una legge che gode di una speciale copertura costituzionale e che ha sollecitato addirittura sostanziali interventi riformatori della stessa Carta fondamentale italiana⁵¹ –, la soluzione proposta dalla Corte di cas-

⁴⁷ Sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 651 ss., ove si è tentato di spiegare quali sono le ragioni per cui, secondo un'accreditata dottrina, va respinta la possibilità di distinguere e considerare differentemente la portata delle fonti del diritto comunitario da quella delle disposizioni contenute nella CEDU, e di escludere, così, l'estensibilità a favore di quest'ultima di una serie di effetti riconosciuti ai Trattati istitutivi delle Comunità europee in virtù della copertura di cui all'art. 11 Cost. (negata alla Convenzione del 1950). Cfr., sul punto, le acute critiche di A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in www.forumcostituzionale.it.

⁴⁸ Come ha ben evidenziato A. RUGGERI, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, n. 3/2007, p. 323, «è contrario alla tradizione e vocazione delle Carte il loro porsi in funzione servente rispetto alla Costituzione. Le Carte, quando vengono alla luce, non si fanno questione del modo con cui si pongono rispetto ad una Costituzione data: aspirano infatti a dare un *riconoscimento* (e non già la mera *tutela*) a certi diritti, senza interrogarsi circa gli effetti derivabili dalla loro immissione negli ordinamenti interni».

⁴⁹ Se, dunque, «il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale» (così nelle sentenze n. 8827 e n. 8828 del 2003), considerazioni simili, dovrebbero valere per le ipotesi (definibili come "casi determinati dalla legge ad un livello sovralegislativo") in cui il riconoscimento dei diritti fondamentali sia contenuto in fonti che, ancorché subordinate alla Costituzione (ove si accetti l'impostazione della Corte costituzionale italiana), sono comunque sovraordinate rispetto alle disposizioni legislative.

⁵⁰ Pur precisando che non sono «immuni dal controllo di legittimità costituzionale», e che, dunque, è «necessario che esse siano conformi a Costituzione», la Consulta ha, anche recentemente, ribadito che le norme contenute nella CEDU integrano «il parametro costituzionale» (cfr. il par. 4.7. della sentenza n. 348/2007).

⁵¹ Come quelli concretizzatisi nella modifica dell'art. 111 Cost. e nell'eliminazione dei primi due commi della XIII disposizione transitoria.

sazione omette di considerare (o di valutare adeguatamente) il ruolo che la Convenzione europea ha rivestito anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario (le cui norme – a dire, come si è visto, delle stesse Sezioni Unite – potrebbero financo essere invocate per riconoscere ai privati una tutela non patrimoniale a condizioni meno restrittive di quelle previste dal codice civile)⁵².

Servirà ricordare che la CEDU ha consentito la realizzazione stessa dell'integrazione europea (e della *primauté* del diritto comunitario sulle norme nazionali, a dispetto di tutte le resistenze poste da alcune corti costituzionali statali), divenendo a partire dagli anni settanta⁵³ un parametro normativo "privilegiato" (tra i vari "criteri di rilevazione" adoperati dalla Corte di giustizia nella sua attività di *supplenza legislativa*⁵⁴), utilizzato per colmare la grave lacuna esistente nei Trattati istitutivi delle tre originarie Comunità europee in tema di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁵⁵.

Il costante rinvio alla Convenzione europea da parte di una lunga giurisprudenza dell'organo giurisdizionale di Lussemburgo (che ha inserito i diritti sanciti nel documento di Roma tra i principi generali della Comunità) ha permesso a più di uno studioso⁵⁶, e a numerosi giudici nazionali⁵⁷, di parlare già da tempo di una implicita "incorporazione" pretoria della CEDU del 1950

⁵² Autorevolissima dottrina ha, non a caso, evidenziato che «la Convenzione costituisce il primo atto effettivamente fondante dell'unificazione culturale, più specialmente politica e giuridica, dei paesi europei», poiché, per un verso «l'unificazione dei diritti fondamentali rappresentava (...) la pietra di fondazione della unificazione politica dei paesi appartenenti alla Comunità europea», per un altro «l'unificazione giuridica, che ai livelli ordinari si è andata realizzando mediante gli strumenti normativi della Comunità e dell'Unione, non poteva ambire di trascorrere al livello superiore, nel quale il passo verso l'unificazione politica è più breve, senza che il diritto comunitario si fosse già costituito nel piano dei diritti fondamentali». Così A. FALZEA, *Nel cinquantenario della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 695 ss. Lo studioso ha sottolineato, inoltre, l'importante funzione che la CEDU ha avuto nel conferimento di una «qualificazione giuridica ai diritti dell'uomo, accogliendoli nella sfera dell'ordinamento giuridico europeo e quindi riconoscendoli e accettandoli, non soltanto politicamente, ma anche giuridicamente» (p. 709).

⁵³ Cfr. la prima famosa sentenza in cui si fece riferimento alla CEDU, ossia la decisione del 28 ottobre 1975 in causa n. C-36/75, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219.

⁵⁴ Sul punto si rinvia a G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 254.

⁵⁵ Cfr. A. FERRARO, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 1368.

⁵⁶ Cfr. C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in www.giurcost.org; M. COMPORI, *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, II, p. 48 ss. e G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamento degli Stati membri*, in AA. VV., *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, p. 737 ss.

⁵⁷ Per un'ampia rassegna giurisprudenziale sul tema, cfr. B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 1358 ss. Si consideri che il Consiglio di Stato, sez. IV, nella sentenza del 30 novembre 2007, n. 6124, ha dichiarato illegittimo l'istituto dell'occupazione acquisitiva, in quanto contrastante con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, ex art. 6, par. 2, UE (che contempla la CEDU, quale fonte contenente diritti fondamentali meritevoli di tutela da parte dell'Unione e degli Stati membri).

nel diritto comunitario (anche apicale⁵⁸), e di una indiretta sottoposizione di quest'ultimo ai precetti contenuti nella Convenzione stessa⁵⁹.

Se molte critiche aveva già sollevato, dunque, la scelta di collocare la CEDU, al pari di tutti gli altri trattati⁶⁰, in una zona «mediana tra il piano costituzionale e quello primario»⁶¹, ancor meno condivisibile appare oggi la decisione di accordare alle norme della Convenzione (fonte sostanzialmente prevalente rispetto allo stesso diritto dell'Unione europea) un valore addirittura inferiore rispetto a quello riservato ai diritti inviolabili contenuti nella Costituzione⁶² o ai diritti soggettivi comunque tutelati all'interno di leggi ordinarie⁶³.

⁵⁸ Un attento studioso ha, d'altra parte, invitato a riflettere sugli inevitabili risvolti che avrà la futura entrata in vigore del Trattato di Lisbona, «in base al quale i diritti (...) garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri "fanno parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali"». Così R. ROMBOLI, nella sua nota di commento alle sentenze n. 348 e 349 del 2007, in *Foro it.*, I, 2008, c. 40. Non si dimentichi che il Trattato di Riforma in questione, recependo il contenuto dell'art. I-9 del Trattato costituzionale europeo, ha, tra l'altro, previsto l'adesione dell'Unione alla CEDU. Sul tema, si rinvia al saggio di V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu.

⁵⁹ D'altra parte, è proprio in forza degli artt. 230, 235 e 288 del Trattato CE (oggi, rispettivamente, artt. 263, 268 e 340 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea) che andrebbe forse negata con fermezza la possibilità di accordare alla Convenzione un rilievo giuridico del tutto diverso (e addirittura inferiore) rispetto a quello attribuito alle norme comunitarie (o, più genericamente, dell'Unione europea, ormai). Se, infatti, da un lato, il documento normativo del 1950 costituisce un parametro di riferimento adoperato dalla Corte di giustizia per controllare la legittimità di regolamenti, direttive e decisioni (nonché per valutare l'eventuale responsabilità extracontrattuale dell'Unione), ma anche un limite interpretativo e applicativo rispetto alle stesse norme dei Trattati (cfr. le sentenze della Corte di giustizia 11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 528; 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5659, punto 74 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 558; del 18 dicembre 2007 in causa n. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 11767, punti 93 e 94; e del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9609, punto 35, massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 87, in *Corr. giur.*, n. 4/2005, con nota di R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*) – e presto un obbligo giuridicamente vincolante per tutti gli organi dell'Unione europea –, e, dall'altro, le fonti comunitarie (dell'Unione europea, oggi) rivestono una natura sovranazionale (perfino "sovra-costituzionale", secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, ben rappresentata dalle sentenze *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, in *Raccolta*, 1970, p. 1125, punto 3 e *Keller* dell'8 ottobre 1986 in causa n. 234/85, in *Raccolta*, 1986, p. 2897, punto 7), è difficile ammettere che alla CEDU si possa attribuire genericamente in Italia un valore sub-costituzionale (cfr. R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, n. 2/2008, p. 211); perfino meno rilevante, cioè, di quello riconosciuto alle fonti del diritto comunitario derivato. Si consideri, da questo punto di vista, che anche recentemente la Corte di Lussemburgo ha rilevato l'esistenza di una sorta di "costituzione europea sostanziale", derivante non solo dai Trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione europea, ma anche dai principi generali desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli accordi internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno aderito (accordo fra tutti la CEDU). Cfr. la sentenza della Grande Sezione, *Kadi*, del 3 settembre 2008 in cause riunite n. C-402/05 e n. C-415/05 P, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6351.

⁶⁰ Pur riconoscendone la particolarità rispetto a questi ultimi. Cfr. il par. 4.6. della sentenza n. 348/2007 ed i par. 6.1.2. e 6.2. della sentenza n. 349/2007.

⁶¹ Così A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, cit. *supra*, nota 47.

⁶² Non a caso P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 254, ha provocatoriamente parlato della possibilità di «suggerire agli incaricati che curano il sito della Cassazione di cancellare il link da loro inserito alla giurisprudenza di Strasburgo».

3. La nuova lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ed una non chiara interpretazione del concetto di diritto inviolabile dell'uomo

La scelta delle Sezioni Unite di escludere i diritti proclamati dalla Convenzione europea del 1950 dalle situazioni giuridiche soggettive meritevoli come tali di tutela non patrimoniale sembra collidere, d'altra parte, in maniera inaudita con la precisazione fornita dalla stessa Corte Suprema nelle sentenze del 2008 secondo cui «il catalogo dei casi *in cui è possibile ravvisare gli estremi per il riconoscimento del danno non patrimoniale* non costituisce numero chiuso»⁶⁴, poiché, «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost.»⁶⁵ ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana»⁶⁶.

Si noti che l'ultimissimo inciso del paragrafo sembra infelicamente formulato, poiché, soprattutto se letto separatamente dal resto della sentenza e considerato come asserzione conclusiva dell'intero *iter* ricostruttivo delle Sezioni Unite, non consente di comprendere se nell'ottica dei giudici di legittimità possano essere considerati diritti inviolabili di rango costituzionale solo (e tutti) i diritti riconosciuti come assolutamente insopprimibili nell'ordinamento giuridico italiano, a prescindere da una loro esplicita proclamazione all'interno della Carta del 1948 (per cui avrebbero rango costituzionale "in

⁶³ Se si considera quanto ha rilevato un autorevole studioso, ossia che «riesce difficilmente sostenibile (...) che i danni recati alla persona, ai quali non sembra possibile, e giusto, riconoscere un valore inferiore a quelli inferti ai beni-interessi patrimoniali, debbano essere risarciti nei soli casi stabiliti dalla legge» (così R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 488), si comprende quanto possa risultare ingiustificata l'introduzione di limitazioni come quelle prospettate dalle Sezioni Unite con riferimento ai diritti predicati nella CEDU.

⁶⁴ Così nel punto 2.14. della sentenza n. 26972 del 2008 (corsivi aggiunti).

⁶⁵ Uno dei più strenui sostenitori di tale condivisibile lettura aperta dell'art. 2 della Costituzione è da sempre apparso A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1975, p. 84 ss., il quale però rinvia anche alle dichiarazioni internazionali. Cfr., in senso conforme, F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1091 ss. ed E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 368 ss. Contrari ad un simile orientamento, e più propensi a vedere nella disposizione costituzionale una "clausola riassuntiva" dei diritti contenuti nel testo costituzionale, sembrano A. PACE, *Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 5 e 8; P. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XXII, 1974, p. 719 ss.; P. CARETTI, *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 137. Per una completa ricostruzione delle varie teorie proposte in dottrina, cfr. C. BOLOGNA, *Il recepimento delle "dichiarazione dei diritti"*, in www.cahiers.org.

⁶⁶ Così nel punto 2.14. della sentenza n. 26972 del 2008.

quanto attengono" a posizioni inviolabili della persona umana); o se, viceversa, come tali debbano essere considerati solo quelli espressamente predicati nella Costituzione e magari non definiti come inviolabili dal Costituente (di guisa che essi godrebbero del carattere della inviolabilità per il semplice fatto di avere un loro esplicito riferimento nella Costituzione)⁶⁷.

La prima possibile interpretazione appare inconcepibile, non foss'altro perché non sembra esistere nell'ordinamento (italiano) alcun diritto soggettivo (a parte, forse, la "dignità umana", intesa però come nucleo essenziale di ogni diritto fondamentale) che si possa considerare "inviolabile" in senso assoluto⁶⁸: perfino il diritto alla vita può essere compresso per legittima difesa, e ogni altro diritto (anche se formalmente definito come inviolabile) potrebbe essere limitato a seguito di un bilanciamento con contrapposti interessi meritevoli della stessa, massima tutela⁶⁹. Fortemente criticabile si mostra, da questo punto di vista, uno dei passaggi contenuti nella sentenza n. 26792 del 2008, laddove i giudici supremi asseriscono che non spetta il rango di diritto inviolabile al «diritto alla libera circolazione di cui all'art. 16 Cost., che può essere limitato per varie ragioni»: se effettivamente dovessero essere considerati inviolabili (come suggerisce il brano citato) unicamente i diritti che non possono mai subire limitazioni, allora risulterebbe difficile (se non impossibile) individuarne anche uno solo⁷⁰. Lo stesso art. 13 Cost. definisce *apertis verbis* come inviolabile la libertà personale, ma subito prevede delle ipotesi in cui essa può essere limitata. Così come accade, del resto, per il diritto alla riservatezza (artt. 2 e 3 Cost.), il diritto alla salute⁷¹ (art. 32 Cost.), i diritti della famiglia⁷² (artt. 2, 29 e 30 Cost.) e per ognuno degli altri diritti richiamati (in

⁶⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *La nuova responsabilità precontrattuale ed il danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1464 ss., sia pur affrontando il problema con specifico riferimento al danno non patrimoniale da responsabilità precontrattuale, evidenzia la necessità di intendere «il parametro della inviolabilità non come relativo ai diritti della persona espressamente qualificati come inviolabili dalla Costituzione, bensì a tutti i diritti della persona, costituzionalmente garantiti, che, secondo la valutazione dell'interprete, attengano al nucleo inviolabile, appunto, della tutela della persona umana».

⁶⁸ Interessante può apparire, da questo punto di vista, richiamare la norma sancita nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'uomo, in cui si ammette esplicitamente la possibilità per gli Stati membri di prevedere delle limitazioni ai diritti contenuti nel documento proclamato a Nizza nel 2000. Sul punto sia consentito rinviare ad 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. 534 ss.

⁶⁹ Si rammenti, sotto questo profilo, che sin dalla prima sua sentenza (la n. 1 del 1956), la stessa Corte costituzionale, occupandosi del diritto fondamentale a manifestare il proprio pensiero, ha evidenziato che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile».

⁷⁰ Si rinvia, sul punto, alle acute osservazioni di G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale*, cit. *supra*, nota 1, p. 395 ss.

⁷¹ Ritenuto "inviolabile" dalla Corte Suprema, ma definito come "fondamentale" dalla Costituzione.

⁷² Considerati "inviolabili" dalle Sezioni Unite, ma non dalla Costituzione.

modo incompleto ed approssimativo⁷³) dalle Sezioni Unite come situazioni giuridiche soggettive contrassegnate dalla "inviolabilità"⁷⁴.

La seconda lettura contrasterebbe con la stessa impostazione delineata dalla Sezioni Unite (e desumibile dalla lettura di altre parti della sentenza n. 26972/2008), secondo la quale, ad esempio, sembrerebbe doversi negare il carattere della "inviolabilità" (e quindi la possibilità di godere della c.d. "tutela risarcitoria non patrimoniale minima") al diritto di proprietà (ancorché, peraltro, quest'ultimo venga menzionato nella Costituzione con una formula assai simile a quella adoperata per riconoscere e tutelare i diritti della famiglia⁷⁵) o alla libertà di iniziativa economica (oggi enucleata, proprio come il diritto di proprietà, tra le situazioni giuridiche protette dalla Carta di Nizza)⁷⁶, o al diritto alla sicurezza (anch'esso predicato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)⁷⁷.

Quale che sia il significato da attribuire all'opzione ermeneutica tracciata dalle Sezioni Unite, certamente la scelta dei giudici supremi sembra cozzare vistosamente con l'interpretazione data dalla stessa Corte costituzionale al concetto di "diritto inviolabile"⁷⁸.

⁷³ Come ha acutamente osservato D. POTETTI, *Sintesi, elaborazione e osservazioni sulla sentenza delle Sezioni Unite Civili, n. 26972 del 2008, in tema di danno non patrimoniale*, in www.csm.it, p. 6, con dovizia di riferimenti giurisprudenziali, «la Costituzione attribuisce espressamente il carattere della inviolabilità a quattro diritti: la libertà personale (art. 13), quella di domicilio (art. 14), la libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15), il diritto alla difesa (art. 24, comma 2). Ciò tuttavia (...) non consente di affermare che altri diritti riconosciuti dalla Costituzione siano necessariamente privi (...) del carattere della inviolabilità, stabilito dall'art. 2 Cost. Infatti, la Corte Costituzionale ha affermato che devono essere considerati inviolabili anche (...) il diritto alla vita, (...) il diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero, (...) il diritto di contrarre matrimonio, (...) il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, (...) il diritto di associazione, (...) il diritto alla salute, (...) i diritti della persona nella famiglia, (...) il diritto di avere una famiglia, (...) i diritti dei minori all'istruzione, al mantenimento e all'educazione (...)», ma anche (come evidenzia lo stesso autore, p. 7) il diritto sociale all'abitazione, il diritto di abbandonare il proprio Paese, il diritto alla propria formazione culturale ed il diritto al nome.

⁷⁴ Cfr. G. REYNAUD, *Il danno non patrimoniale dopo l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite: qualche certezza e molti dubbi*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 379. Ancora una volta verrebbe da chiedersi, a tacer d'altro, se possa essere l'organo nomofilattico a giudicare quali dei diritti riconosciuti nella Costituzione debbano dirsi inviolabili e quali invece non godano di una siffatta qualità.

⁷⁵ Di mero "riconoscimento" si parla con riferimento ad entrambe le tipologie di diritti. Con la differenza, però, che per la proprietà privata si precisa che è pure «garantita dalla legge».

⁷⁶ Vedasi, al riguardo, M. PARADISO, *Il danno esistenziale*, in AA. VV. (a cura di), *I danni: verso quali prospettive?*, cit. supra, nota 34, p. 21.

⁷⁷ Cfr. la sentenza della III sez. civ. della Suprema Corte, n. 3284 del 12 febbraio 2008, richiamata da G. FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 127.

⁷⁸ Sul tema si rinvia a M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. Impr.*, 1/2009, p. 3. Si consideri che, peraltro, gli stessi giudici della Corte di cassazione in pronunce successive a quelle del novembre del 2008 sembrano accordare a tale espressione significati differenti, talvolta «in rotta di collisione con l'impianto teorico disegnato soltanto pochi mesi prima». Così P. ZIVIZ, *Le "magnifiche sorti e progressive" dell'impianto teorico disegnato dalle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4 del 2009, p. 765 ss., alla quale si rinvia per l'analisi di alcune di dette sentenze supreme.

Anzitutto, va segnalato che, sebbene per la dottrina costituzionalistica prevalente sia scontato parlare di una lettura aperta dell'art. 2 della Costituzione, il giudice delle leggi non ha mai sino ad ora sposato apertamente una simile visione della disposizione costituzionale (pur non avendo neanche aderito esplicitamente alla lettura chiusa della norma in questione)⁷⁹.

Ed in ogni caso, se pur si scelga (più o meno correttamente) di uniformarsi ad una ben precisa visione dottrinale dell'art. 2 Cost. (piuttosto che ai precedenti della Corte costituzionale), non può essere comunque trascurato che lo stesso concetto di "inviolabilità" viene richiamato, sia dai più autorevoli studiosi del diritto costituzionale sia dalla Consulta medesima⁸⁰, in un senso completamente diverso da quello al quale sembrano riferirsi le Sezioni Unite, e precisamente non solo (o non tanto) come sinonimo «di intangibilità rispetto a qualsivoglia potere pubblico o soggetto privato»⁸¹, quanto di essenzialità «al fine della realizzazione della forma di stato democratico, sociale e di diritto»⁸², o, ancora, di «patrimonio irretrattabile della persona»⁸³ e di «irrevedibilità costituzionale»⁸⁴, caratteristiche che atterrebbero, d'altra parte, «al solo nucleo essenziale» di tali situazioni giuridiche attive⁸⁵ (ossia al c.d. *Wesengehalt*, ben noto alla dottrina e alla giurisprudenza tedesche e spagnole⁸⁶).

L'impressione che si trae dalla lettura delle parole dei giudici di legitti-

⁷⁹ Cfr. la Relazione, «I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale», predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia (Varsavia 30-31 marzo 2006), reperibile sul sito www.corte-costituzionale.org/informazione/file/STU185_principi.pdf, p. 3 ss.

⁸⁰ Per un ampio quadro ricostruttivo, cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2008, p. 284 ss.

⁸¹ Così P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 62, p. 56, rinviando a BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XI, Roma, Treccani, 1989, *passim*. Cfr., inoltre, U. DE SERVIO, *Origine e significato della rigidità della nostra Costituzione*, in E. RIPEPE - R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 8 ss.

⁸² A. PIZZORUSSO, *Persone fisiche*, in A. SCIALOJA - F. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1988, p. 30. La stessa Corte costituzionale ha parlato di diritti dotati di «carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente» (sentenza n. 366 del 1991), ed appartenenti «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (sentenza n. 1146 del 1988).

⁸³ Così nella sentenza costituzionale n. 11 del 1956. Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit. *supra*, nota 81, p. 29; e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, Giappichelli, 2005, *passim*.

⁸⁴ Cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 366 del 1991, n. 183 del 1973, n. 1146 del 1988, n. 232 del 1990, acutamente richiamate da D. POTETTI, *Sintesi, elaborazione e osservazioni* cit. *supra*, nota 73, p. 6, secondo il quale «di conseguenza, la Corte costituzionale ha affermato la propria potestà di giudicare dell'illegittimità costituzionale di leggi costituzionali che violassero i suddetti diritti inviolabili». Si rinvia, sul punto, a P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, p. 145; e a P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 53 ss.; *contra*, A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, III ed., Padova, Cedam, 2003, p. 41 ss.

⁸⁵ E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 368.

⁸⁶ Cfr., anche a fini bibliografici, A. FERRARO, *Le Disposizioni finali della Carta di Nizza*, cit. *supra*, nota 68, p. 537.

mità è che effettivamente le Sezioni Unite si siano impelagate in distinzioni (tra diritti fondamentali e diritti inviolabili) «malferme ed opinabili» – e che, «per di più, nemmeno inducono nel quadro alcuna semplificazione» –, trascurando la «matrice unitaria che indubbiamente accomuna le due categorie di diritti»⁸⁷. Circostanza confermata dalla esplicitazione fornita in un recente testo (proveniente dalla Corte costituzionale) ove si legge che «nell'uso corrente "diritti umani", "diritti inviolabili", "diritti costituzionali" e "diritti fondamentali" sono utilizzati in modo promiscuo ma equivalente, e stanno ad indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale»⁸⁸.

Si consideri, del resto, che in nessuna delle pronunce (comprese le più antiche) della Corte costituzionale riguardanti il danno non patrimoniale esiste un esplicito riferimento alla necessità di garantire la tutela risarcitoria non patrimoniale ai soli diritti inviolabili, ma semmai compare un costante rinvio alle "situazioni soggettive costituzionalmente garantite"⁸⁹, ai «diritti personali costituzionalmente protetti»⁹⁰, o più genericamente ai «diritti fondamentali dell'uomo»⁹¹.

Vi è chi, in dottrina, ridimensionando radicalmente il problema, ha rilevato che «il rigore di un riferimento che comprende esclusivamente il novero dei diritti inviolabili viene, in realtà, fortemente temperato dal fatto che l'elenco degli stessi appare sostanzialmente aperto» (posto che, come si afferma, «la risarcibilità dev'essere assicurata (...) a fronte della lesione di qualunque diritto della persona di cui all'art. 2 Cost.»)⁹².

⁸⁷ G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale*, cit. supra, nota 1, p. 393 ss. L'autore sottolinea che «"fondamentali", "inviolabili", "supremi" sono tutte qualificazioni che, associate ai diritti come ai principi, non conferiscono (...) distinte valenze, ma sono da apprezzare quali mere varianti terminologiche».

⁸⁸ Così nella Relazione «I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale», cit. supra, nota 79, p. 2.

⁸⁹ Cfr. la sentenza n. 87 del 1979 (richiamata dalle stesse Sezioni Unite, ma con una singolare manipolazione del contenuto), nonché la pronuncia n. 88 del 1979, in cui la Consulta asserisce che il diritto alla salute «certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione».

⁹⁰ Vedasi la sentenza n. 372 del 27 ottobre 1994.

⁹¹ Cfr. l'ordinanza della Corte costituzionale n. 293 del 22 luglio 1996.

⁹² A sostenerlo è P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, cit. supra, nota 1, p. 102. Secondo l'autrice «è questo, allora, l'ingranaggio fondamentale che dovrà essere azionato (...) dall'interprete: il quale potrà evocare, tra le posizioni protette dalla norma costituzionale, il diritto alla dignità umana, la cui inviolabilità risulta solennemente riconosciuta dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Ciò che lascia perplessi, e al contempo evidenzia tutti i rischi insiti nella recente impostazione proposta dalle Sezioni Unite, è proprio questa conseguenza al limite del paradossale: una volta negata la possibilità di riconoscere la tutela minima risarcitoria ad un elenco più o meno ben determinato e limitato di diritti (fondamentali) riconosciuti da un documento di diritto internazionale firmato da 47 Paesi europei (la CEDU appunto), si consente di fatto ai giudici di ricavare una infinità di diritti inviolabili da una norma, come quella di cui all'art. 2 della Cost., assolutamente aperta e dalla quale appare possibile far discendere in via interpretativa il più generale diritto inviolabile alla dignità umana. Il rinvio alla dignità umana (desumibile dagli artt. 2 e 3 Cost. secondo le Sezioni Unite), quale categoria per sua natura generalizzante, apre il solco al riconoscimento, difficilmente controllabile, di molteplici diritti e pretese

Al di là dei rischi legati alla possibilità di favorire, per tale via, il configurarsi di quello che qualche autore ha icasticamente definito «un futuro potenzialmente carico di nubi per il diritto vivente»⁹³, si consideri che, al secco divieto di riconoscere direttamente tutela risarcitoria non patrimoniale anche alle situazioni giuridiche contemplate nella CEDU, ben potrebbe accompagnarsi di fatto la scelta di qualche interprete (un po' "ribelle") di garantire comunque protezione (magari in modo più o meno velato) a diritti desumibili dalla Convenzione⁹⁴, servendosi proprio dell'ampio potere attribuitogli dai giudici supremi di operare interpretazioni evolutive dell'art. 2 Cost.⁹⁵, e rinviando alle previsioni di cui all'art. 117 Cost., in cui si parla degli obblighi di diritto internazionale, necessariamente vincolanti non soltanto per il legislatore (come sembrerebbe doversi desumere letteralmente dalla disposizione costituzionale), ma per tutte le autorità pubbliche (secondo la visione unitaria di Stato più volte espressa dalle Corti internazionali e dagli stessi studiosi di diritto internazionale)⁹⁶.

Verrebbe in tal modo garantito dalla tanto vituperata "giurisprudenza di prossimità" ciò che l'organo deputato ad una funzione nomofilattica non ha

(compresi quelli immeritevoli di protezione nell'attuale assetto giuridico italiano secondo la stessa Corte di cassazione): garantire la dignità della persona potrebbe voler dire ad esempio consentirle di godere di una tutela non patrimoniale della proprietà anche in assenza di reato, o di poter invocare il risarcimento non solo per la perdita di una normale vita sessuale col proprio coniuge, ma anche col proprio convivente (magari dello stesso sesso).

⁹³ Così F. PECCENINI, *Il 2008 guarda al 2003 ... con la speranza di non dover attendere il 2013*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 316, il quale si è chiesto «fino a che punto si spingerà la fantasia (...) dell'interprete nel ricercare i segnali di questa emersione». Di identico avviso appare E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti*, cit. supra, nota 80, p. 274, la quale ha, in tempi non sospetti, posto l'accento sul «rischio che i giudici comuni assumano il monopolio assoluto nell'ordinamento delle scelte relative ai diritti, agendo prima ed indipendentemente dagli organi rappresentativi e al di fuori di ogni supervisione da parte del giudice delle leggi».

⁹⁴ Dello stesso avviso appare G. COMANDÈ, *"Comare formica", il danno non patrimoniale, le Sezioni Unite e gli operatori del diritto*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 168-169.

⁹⁵ D'altronde, come ha evidenziato F. GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ.*, 2003, p. 1306 «tutti, ma proprio tutti gli interessi che fanno capo alla persona (...) hanno o possono avere rilevanza costituzionale ex art. 2 Cost.». Sul problema, si rinvia a V. TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2009, p. 320 ss.

⁹⁶ Sul tema sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti*, cit. supra, nota 47, p. 704 ss. Servirà ricordare, in particolare, che una serie di recenti misure legislative riguardanti l'introduzione di meccanismi di rivalsa dello Stato nei confronti degli enti pubblici, territoriali e non, resisi responsabili di violazioni della CEDU, e, di conseguenza, di danni erariali allo Stato (cfr. l'art. 1, c. 1217 ss., della legge 27 dicembre 2006, n. 296 – legge finanziaria del 2007 – commentata da A. COSSIRI, *Una norma di sistema nella finanziaria? La responsabilità delle autonomie locali per violazione CEDU, secondo la finanziaria 2007*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 83 ss.) dimostrano chiaramente come l'intenzione del legislatore sia ben diversa da quella espressa dai giudici supremi e vada nella direzione di attribuire alla Convenzione il valore di fonte vincolante non solo per l'organo legislativo (il quale ha l'obbligo di adoperarsi per espungere tutte le norme contrastanti col corpo normativo in questione), ma anche, e direttamente per tutte le autorità giurisdizionali statali e, più genericamente, tutti i soggetti pubblici.

inteso difendere adeguatamente, ossia il principio, ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui vi è un inscindibile ed irrinunciabile «rapporto di integrazione, attraverso l'interpretazione, tra la Costituzione e gli elenchi di diritti contenuti nei trattati internazionali (...) che dà luogo, come risultato concreto, ad una sorta di incorporazione a fini interpretativi delle carte dei diritti nel parametro costituzionale»⁹⁷.

Pur condividendo a pieno i dubbi legati alla circostanza che «l'emersione incontrollata in via giurisprudenziale di nuovi diritti costituzionali suscettibili di applicazione orizzontale, oltre a provocare una potenziale restrizione di altri diritti espressamente previsti dalla Costituzione, porta sempre con sé, inevitabilmente l'emersione di nuovi, corrispondenti, obblighi e doveri a carico di altri individui (...)»⁹⁸, o ancora al fatto che se «operato dai giudici comuni e non dalla Corte costituzionale, il bilanciamento giudiziale tra diritti costituzionali scaturente dalla enucleazione in via giurisprudenziale di un nuovo diritto anticipa e in definitiva si sostituisce al bilanciamento legislativo, rischiando molto spesso di risolversi in un'ammissibile usurpazione di scelte che invece spetterebbero alla discrezionalità del legislatore»⁹⁹, non si può al contempo negare che i summenzionati rischi, lungi dall'essere fugati, emergono in tutta la loro potenziale pericolosità per la certezza del diritto, se non si introduce un adeguato e coerente limite alla *vis creativa* dei giudici.

La soluzione più adeguata per realizzare ciò si sarebbe dovuta sostanziare, forse, in un chiaro monito per le autorità giurisdizionali ad ancorare scrupolosamente l'enucleazione in via giurisprudenziale di nuovi diritti meritevo-

⁹⁷ Così E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 368, riferendosi anche a due recenti sentenze costituzionali in tema di consenso informato – Corte cost. n. 438 del 23 dicembre 2008 – e di diritto di difesa – Corte cost. n. 182 del 30 maggio 2008. Cfr. per tutte, la sentenza n. 388 del 22 ottobre 1999, nella quale il giudice delle leggi afferma 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 Cost., 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» (così punto 2.1 in diritto). Tacendo sulla possibilità di un simile utilizzo indiretto delle norme convenzionali da parte dei giudici (o escludendola *in nuce*), la presa di posizione suprema dello scorso novembre 2008 appare, in effetti, come ha rilevato la stessa E. LAMARQUE, *loc. cit.*, p. 370, «molto più rigida e limitativa di quella fatta propria dalla Corte costituzionale e dalla maggior parte degli studiosi che predicano la necessità di procedere ad una lettura "aperta" dell'art. 2 Cost.».

⁹⁸ Così ancora E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, p. 370. La studiosa, riproponendo le perplessità già rilevate da autorevoli studiosi (come A. PACE, *Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 4 ss.), conclude sostenendo che «tutti i nuovi diritti emersi in via giurisprudenziale, anche i più strampalati, essendo presentati come diritti di rango costituzionale, potrebbero a quel punto essere smentiti o limitati, o anche diversamente configurati, soltanto a seguito di un improbabile intervento del legislatore costituzionale, e non attraverso la normale via della legislazione primaria».

⁹⁹ E. LAMARQUE, cit. *supra*, nota 97, p. 371. Contrario ad una siffatta visione appare A. GUZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta ad Elisabetta Lamarque*, in *Quad. cost.*, n. 2/2009, p. 303 ss.

li di tutela non patrimoniale al dato normativo scritto, e quindi anche agli accordi di diritto internazionale (che sono comunque fonti sovraordinate rispetto alla legge e sulle quali il legislatore si è già in qualche modo pronunciato, rendendole esecutive in Italia), a maggior ragione se stipulati proprio a difesa dei diritti fondamentali della persona¹⁰⁰.

4. Il rischio di nuovi, inauspicabili contrasti fra Corti

L'orientamento proposto recentemente dalle Sezioni Unite sembra aggravare lo stato di costante, e più o meno manifesto, contrasto dell'ordinamento italiano (e sempre più frequentemente della sua *law in action*) con una serie di pronunce della Corte di Strasburgo, dimostrando chiaramente che la delicata questione del rapporto tra diritto nazionale e sistema CEDU può oggi dirsi tutt'altro che risolta.

Secondo l'impostazione fornita dai giudici supremi, il diritto di proprietà, ad esempio, non sembrerebbe poter rientrare tra i diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione¹⁰¹, per cui al di là delle ipotesi in cui il soggetto abbia subito un vero e proprio reato o sia stato comunque leso nel godimento della sua situazione soggettiva in violazione di una specifica legge che preveda il diritto al risarcimento del danno (anche non patrimoniale), sembrerebbe doversi evincere che il cieco, privato illegittimamente dell'aiuto (in ipotesi, difficilmente sostituibile) del suo cane d'affezione non potrebbe invocare alcuna pretesa risarcitoria non patrimoniale¹⁰²; così come (essendo riconosciuti secondo la nostra Costituzione solo «i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio») non parrebbe potersi estendere al convivente *more uxorio* «il diritto del coniuge ad avere normali rapporti sessuali con

¹⁰⁰ Sarebbe, d'altra parte, assurdo pensare alla possibilità che nel caso di contrasto tra diritto CEDU e diritto costituzionale debba (per espressa indicazione della Corte costituzionale) prevalere quest'ultimo, il quale ben potrebbe però soccombere nel bilanciamento con diritti ritenuti inviolabili per semplice scelta (o sensibilità – per non dire gusto – personale) del giudice comune.

¹⁰¹ Nel par. 3.9. della citata sentenza n. 26972/2008, le Sezioni Unite richiamano adesivamente quanto deciso dalla stessa Suprema Corte con la pronuncia n.14846/2007, evidenziando che «per difetto dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata (...) non è stato ammesso a risarcimento il pregiudizio sofferto per la perdita di un animale (un cavallo da corsa) incidendo la lesione su un rapporto, tra l'uomo e l'animale, privo, nell'attuale assetto dell'ordinamento, di copertura costituzionale».

¹⁰² Con specifico riferimento all'esempio qui richiamato, cfr. le osservazioni critiche di M. FRANZONI, *I diritti della personalità*, cit. supra, nota 78, p. 3 e p. 13, nonché di P. CENDON, *Cass. S.U. 26972/2008: Non con l'accetta per favore*, in *www.personaedanno, passim*; e di D. CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, cit. supra, nota 17, p. 147-148. Si consideri, peraltro, che, il legislatore ordinario, lungi dall'abrogare il reato di uccisione o danneggiamento di animali altrui (art. 638 c.p.), ha introdotto dal 1° agosto 2005 nuove figure di reati concernenti gli animali: cfr. gli artt. 544 *bis* («uccisione di animali») e 544 *ter* («maltrattamento di animali»). Vedasi al riguardo M. RODOLFI, *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 397.

l'altro coniuge in ipotesi menomato»¹⁰³.

Sarebbe interessante vedere quale posizione assumerebbe al riguardo la Corte di Strasburgo; ma è probabile immaginare che giungerebbe a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle cui è pervenuta la Suprema Corte di cassazione italiana¹⁰⁴.

Del resto, oltre che relativamente all'*an* della tutela, anche sul più generico piano del *quomodo* della garanzia risarcitoria non patrimoniale da accordare ai diritti contenuti nella CEDU, pare che i fatti abbiano già smentito quanto affermato dalle Sezioni Unite, dimostrando la necessità di riconoscere una incondizionata prevalenza del diritto vivente formatosi attorno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto alla previsione di cui all'art. 2059 c.c. — esattamente come è stato immaginato nella sentenza n. 26972/2008 con riferimento al (solo) diritto comunitario —¹⁰⁵.

Per convincersene, potrebbe bastare richiamare quanto sta accadendo in materia di risarcimento dei danni morali derivanti da irragionevole durata del processo o da interventi ablatori pubblici illegittimi, ove si sta consumando un vero e proprio braccio di ferro tra Corti, dagli esiti non ancora del tutto prevedibili¹⁰⁶.

¹⁰³ R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 519.

¹⁰⁴ Sul punto si rinvia a S. FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le SS. UU. questo matrimonio non s'ha da fare*, in *La resp. civ.*, 2009, p. 58 ss., secondo il quale «il diritto dominicale estromesso dalla "casa dei diritti inviolabili" con la Costituzione Repubblicana» vi avrebbe «oggi fatto rientro attraverso la finestra che si è aperta con l'elevazione dei principi espressi nella CEDU a "normativa interposta"».

¹⁰⁵ E non erra, probabilmente, chi ha evidenziato che, nel caso in cui «la giurisprudenza della Corte EDU, nell'intervenire con riferimento ad uno di tali diritti affermi che la sua lesione dà luogo a risarcimento anche del danno non patrimoniale (...) sembra palese che la norma dell'art. 2059 c.c. ove non consenta nell'interpretazione data dalle SS.UU. di individuare un riscontro normativo espresso della risarcibilità di quel danno (...) si presenterebbe *tendenzialmente* (...) in-costituzionale nella parte in cui non consentisse il risarcimento nel nostro ordinamento interno del danno non patrimoniale». Così R. FRASCA, *Spigolature su taluni interrogativi e su qualche questione che pone l'applicazione del "quartetto" di sentenze rese dalle SS.UU. sul danno esistenziale nel novembre del 2008*, in www.csm.it.

¹⁰⁶ Si consideri che, anche in materia di risarcimento per irragionevole durata del processo, la I sez. civ. della Corte di cassazione ha più volte ribadito un orientamento che si presenta assolutamente contrario a quello suggerito dalla Corte di Strasburgo. Cfr. la sentenza n. 14 del 3 gennaio 2008 (pubblicata in *Danno e resp.*, n. 8-9/2008, p. 861 ss., con nota di A. VENTURELLI, *Danno da irragionevole durata del processo: continua la deriva indennitaria del rimedio ex lege Pinto*; ed in *Foro it.*, 2008, I, c. 1469 ss., con nota di S. R. MASERA, *Ragionevole durata del processo tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Cassazione e Corte costituzionale*), ove i giudici di legittimità affermano che «ai fini dell'indennizzo del danno non deve aversi riguardo (...) ad ogni anno di durata del processo presupposto, ma soltanto al periodo eccedente il termine ragionevole di durata (...), essendo il giudice nazionale tenuto, nella ipotesi in esame, ad applicare la legge dello Stato, e, quindi, il disposto della l. n. 89 del 2001, art. 2, comma 3, lett. a., non potendo darsi alla giurisprudenza della Cedu, in questione, diretta applicazione nell'ordinamento giuridico italiano con il disapplicare la norma nazionale su indicata (come invece sarebbe possibile per la normativa comunitaria)». La Corte europea dei diritti dell'uomo ha invece stabilito sin dal 10 novembre 2004, che «per ciò che concerne la valutazione in equità del danno morale subito in ragione della durata d'una procedura, la Corte reputa che una somma variante da 1.000 a 1.500 euro per anno di durata della procedura (e non per anno di ritardo) è una base di partenza per il calcolo da effettuare». La contraria impostazione dei giudici di legittimità italiani è stata, però, confermata recentemente

Si rinvia, a titolo meramente esemplificativo, alla recente sentenza della Corte europea, in cui si legge che di fronte ad un'occupazione illegittima «la violazione subita ha arrecato alle parti private un danno morale certo, risultante dalla sensazione d'impotenza e di frustrazione di fronte all'espropriazione illegale dei loro beni»¹⁰⁷. È difficile immaginare che le giurisdizioni italiane possano continuare a rifiutarsi di concedere liquidazioni di danni morali per mancanza di uno dei requisiti previsti dal combinato disposto dell'art. 2043 c.c. e 2059 c.c., o, molto più semplicemente, per mancata allegazione di prove sufficienti circa la sussistenza degli elementi strutturali dell'illecito aquiliano. Se ciò dovesse accadere, infatti, è molto probabile che, esaurite senza successo le vie di ricorso interno, il privato ottenga comunque una siffatta tutela risarcitoria, grazie ad un intervento di condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo, la quale, come si è già accennato, a differenza della Corte di Lussemburgo, solitamente non rinvia agli ordinamenti nazionali in merito alla individuazione della disciplina da applicare alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, ma, viceversa, impone il più delle volte regole ben precise in materia (proponendo sovente un modello di responsabilità per violazione dei diritti sanciti nella CEDU tendenzialmente oggettivo e in cui il danno morale sembrerebbe rilevare *in re ipsa*¹⁰⁸).

(senza neanche interrogare la Corte costituzionale sul punto), con la sentenza (sempre della Prima Sezione della Suprema Corte) n. 10415 del 6 maggio 2009, ove si è dichiarata «manifestamente infondata, ancora una volta, la questione di costituzionalità eccepita sulla norma (art. 2, comma 3, lett. a., della legge n. 89 del 2001), secondo la quale, al fine dell'equa riparazione, rileva soltanto il danno riferibile al periodo eccedente il termine di ragionevole durata. La novità consiste nel fatto che la Corte, esplicitamente, non ravvisa alcuna violazione dell'art. 117, primo comma Cost., in riferimento alla compatibilità con gli impegni internazionali assunti dall'Italia mediante la ratifica della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Inoltre, afferma che, diversamente opinando – alla luce delle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 (...) – dovrebbe valutarsi la conformità del criterio di computo delle norme convenzionali, che attribuisce rilievo all'intera durata del processo, rispetto al novellato art. 111, secondo comma, Cost., in base al quale il processo ha un tempo di durata ragionevole, potendo profilarsi, quindi, il contrasto dell'interpretazione delle norme CEDU con altri diritti costituzionalmente tutelati».

¹⁰⁷ Così nella sentenza del 6 marzo 2007, ricorso n. 43662/98, *Scordino c. Italia*, par. 42. E nella pronuncia del 27 agosto 2008, ricorso n. 70573/01, *Pisacane ed altri c. Italia*, al par. 67 si legge che «la Corte stima che i richiedenti hanno dovuto subire un danno morale certo in ragione della durata e dell'iniquità del procedimento così come della violazione ingiustificata del loro diritto al rispetto dei beni, che la constatazione di violazione non ha riparato sufficientemente».

¹⁰⁸ Cfr., tra le più recenti, la sentenza del 22 luglio 2008, ricorso n. 62592/00, *Capone c. Italia* (par. 17) e quella del 17 luglio 2008, ricorso n. 37637/05, *Sarnelli c. Italia* (par. 45). Di rilevanza, agli occhi dei giudici di Strasburgo, di un danno non patrimoniale (nel caso specifico da irragionevole durata del processo) «senza bisogno che la sua sussistenza sia provata, sia pure in via soltanto preventiva» avevano parlato alcune sezioni della Corte di cassazione. Le Sezioni Unite, nelle sentenze del 26 gennaio 2004, n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341, giungono ad una diplomatica soluzione e, pur rinunciando ad ammettere la sussistenza di un danno morale *in re ipsa*, statuiscano che «deve ritenere sussistente il danno non patrimoniale ogni qualvolta non ricorrano, nel caso concreto, circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente». Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit. supra, nota 8, p. 264 ss. Più recentemente, ma in senso analogo, appaiono, *ex pluribus*, le sentenze della Corte Suprema del 18 febbraio 2005, n. 3396; dell'8 giugno 2005, n. 12015; del 30 agosto 2005, n. 17500; del 28 ottobre 2005, n. 21094; del 15 giugno 2006, n. 13829; del 5 aprile 2007, n. 8604 e del 1° dicembre 2008, n. 28501. Nella sentenza n. 26972 del 2008 si rigetta la tesi secondo cui «nel caso di lesione

L'ipotesi, non di mera scuola, qui prefigurata mostra quanto rilevanti siano le potenziali diseconomie processuali ed i probabili danni per i privati (oltre che per l'immagine dello Stato stesso sul piano del diritto internazionale), che le Sezioni Unite avrebbero potuto evitare, immaginando un adeguato rinvio ai diritti fondamentali predicati della CEDU¹⁰⁹ ed (esattamente come hanno fatto per il diritto comunitario) una piena prevalenza della Convenzione europea del 1950 (oltre che del diritto vivente costituito dai precedenti della Corte di Strasburgo) sull'art. 2059 c.c. (e sul modello di responsabilità aquiliana per danno non patrimoniale proposto dalla giurisprudenza suprema italiana¹¹⁰)¹¹¹.

D'altra parte, come si è già detto, ciò che viene oggi negato guardando alla CEDU potrebbe divenire presto vincolante proprio per effetto del diritto dell'Unione europea (sia pur solo negli ambiti di applicazione di quest'ultimo)¹¹², di guisa che la scelta di negare ai diritti fondamentali contenuti nella CEDU (e costituenti a tutti gli effetti *jus non scriptum* del diritto

di valori della persona il danno sarebbe *in re ipsa*», poiché per tale via si snaturerebbe «la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo». Così nel par. 4.10.

¹⁰⁹ Valgono pienamente, sul punto, le riflessioni proposte da A. VENTURELLI, *Danno da irragionevole durata del processo*, cit. *supra*, nota 106, p. 868, in materia di irragionevole durata del processo, secondo cui «il numero dei ricorsi presentati a Strasburgo continuerà a crescere, fino ad eguagliare quello che aveva, sul finire del secolo scorso, indotto il legislatore italiano ad intervenire con la legge poi entrata in vigore nel 2001».

¹¹⁰ È difficile, da questo punto di vista, non convenire con chi ha evidenziato che i principi della CEDU «vivono nella interpretazione di essi datane dalla Corte di Strasburgo, con la conseguenza che, se è costituzionalmente illegittima una norma in contrasto con i principi CEDU – siccome interpretati dalla Corte di Strasburgo –, è da ritenersi non meno illegittima l'interpretazione di una norma interna che neghi la – adeguata – risarcibilità di un pregiudizio per il quale, invece, la giurisprudenza della Corte europea ha riconosciuto ristoro». Così S. FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 104, p. 64.

¹¹¹ Poco interessata alle costanti resistenze di alcuni Paesi firmatari della CEDU "eversivi", la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, anche recentemente, ribadito che «in virtù dell'Articolo 46 della Convenzione le Parti Contraenti si impegnano a dare esecuzione alle sentenze finali della Corte in qualsiasi causa nella quale sono parti, esecuzione che è supervisionata dal Comitato dei Ministri. Segue, che una sentenza nella quale la Corte trova una violazione della Convenzione o dei Protocolli impone allo Stato convenuto un obbligo legale non solo di pagare agli interessati le somme assegnate come equa soddisfazione, ma anche di scegliere, assoggettandosi alla supervisione del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se necessario, individuali da adottare (...) per porre fine alla violazione (...) e dare riparazione alle sue conseguenze». Così nel par. 31 della citata sentenza *Wasserman c. Russia*. Cfr., in senso analogo, la sentenza *Broniowski c. Polonia*, ricorso n. 31443/96, par. 192; *Assanidze c. Georgia*, ricorso n. 71503/01, par. 198; *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorsi n. 39221/98 e n. 41963/98, par. 249; e *Sejdovic c. Italia*, ricorso n. 56581/00, par. 119.

¹¹² Sempre più frequentemente, infatti, la Corte di giustizia rinvia alle norme (e al diritto vivente) della CEDU (così come è previsto, d'altra parte, dal citato art. 52 della Carta di Nizza) per definire la portata dei diritti fondamentali (e le condizioni per l'individuazione dei possibili, legittimi, limiti da apporre a questi ultimi) riconosciuti come appartenenti ai principi generali dell'ordinamento comunitario. Cfr., ad esempio, quanto affermato recentemente dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza *Kadi*, cit. *supra*, nota 59. Nei par. 356 ss. della decisione in questione si legge che «per stabilire la portata del diritto fondamentale al rispetto della proprietà, principio generale del diritto comunitario, occorre tener conto, segnatamente, dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla CEDU, che sancisce tale diritto».

europeo) una tutela (effettiva ed) equivalente a quella riconosciuta ai diritti inviolabili riconosciuti e garantiti (o ricavabili) dalla Costituzione italiana, potrebbe di fatto realizzare anche una indiretta violazione (dei principi generali) del diritto dell'Unione; e quindi legittimare, a voler condurre a conseguenze estreme questa riflessione, la condanna dello Stato a risarcire al privato stesso i danni derivanti dalla *breach of European Law*¹¹³ (ed imputabili, magari, anche solo ad una decisione definitiva di un organo giurisdizionale supremo¹¹⁴).

5. I problemi irrisolti di una presa di posizione giurisprudenziale non conclusiva

In conclusione, le recenti sentenze della Corte di cassazione, pur risultando apprezzabili per lo scopo che intendono perseguire, sembrano contenere alcuni punti problematici, sui quali occorrerà certamente ritornare a riflettere e che esprimono perfettamente lo stato di inquietudine in cui versa il diritto nella sua attuale fase storica.

Favorendo un ampio potere delle autorità giudiziarie in termini di individuazione, al di là dei casi in cui sia la legge a farlo direttamente, delle situazioni meritevoli di riparazione non patrimoniale, le Sezioni Unite sembrano aver messo d'accordo tutti gli studiosi (esistenzialisti e non esistenzialisti) su un punto centrale, ossia sulla persistente mancanza di un elenco determinato e tassativo di diritti a cui ricollegare la tutela dell'art. 2059 c.c.¹¹⁵.

Alla decisione di dilatare, ben al di là forse della reale "intenzione del legislatore", lo spettro delle situazioni meritevoli di tutela non patrimoniale, conferendo ampio potere discrezionale ai giudici¹¹⁶ e tradendo per tale via lo stesso obiettivo di conferire il carattere della tipicità all'illecito aquiliano non patrimoniale, si è accompagnata, peraltro, la discutibile scelta di limitare for-

¹¹³ D'altra parte, non è la prima volta che la Corte di Lussemburgo si è pronunciata circa la sussistenza delle condizioni perché venga riconosciuto ai privati il diritto al risarcimento del danno per violazione di un principio generale dell'ordinamento comunitario. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006 in causa n. C-300/04, *Eman*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8055.

¹¹⁴ Si rinvia alle sentenze, *Köbler*, del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55, e *Traghetti del Mediterraneo*, del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 741. Cfr., anche a fini bibliografici, A. FERRARO, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, cit. *supra*, nota 28, *passim*.

¹¹⁵ Lo scriveva, con un certo anticipo (prevedendo quasi i possibili punti deboli delle decisioni delle Sezioni Unite), G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale*, cit. *supra*, nota 2, p. 560, e lo conferma G. CASSANO, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul danno non patrimoniale ed esistenziale*, cit. *supra*, nota 1, nel suo commento a freddo delle decisioni del 2008.

¹¹⁶ Di un vero e proprio «effetto *spillover* dell'interpretazione "aperta" delle norme codicistiche sul risarcimento dei danni non patrimoniali» ha parlato A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale*, cit. *supra*, nota 99, p. 321.

temente, e con argomentazioni poco chiare e non del tutto convincenti, l'efficacia di Carte internazionali concernenti proprio i diritti dell'uomo.

E, paradossalmente, l'intento di frenare l'ingresso nel nostro ordinamento di norme di derivazione extra-statale ha indotto i giudici supremi a trascurare la circostanza che l'apertura alle fonti di diritto internazionale (come la CEDU) consentirebbe forse una più agevole realizzazione della tanto sperata operazione di *reductio ad unitatem* della categoria del danno non patrimoniale¹¹⁷, ma anche un più rapido perseguimento dell'obiettivo, sempre più auspicato a livello europeo e non solo (come dimostra la sottoscrizione di numerosi accordi e convenzioni in materia)¹¹⁸, di armonizzazione delle regole poste a tutela della persona¹¹⁹.

De jure condendo, non sembra privo di logica affermare che è probabilmente giunto il momento di operare una incisiva riforma dell'art. 2059 c.c., al fine di inserirvi un esplicito riferimento oltre che alla Costituzione, anche alle fonti del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale, senza dover attendere che siano le singole leggi speciali a dover rinviare di volta in volta alle fonti sovra-legislative, così come è già accaduto ad esempio in materia di irragionevole durata del processo¹²⁰.

¹¹⁷ Si consideri che negli ordinamenti della maggior parte degli altri Paesi europei, ma anche nei documenti sottoscritti a livello internazionale, le varie "sottocategorie" di danno non patrimoniale formatesi negli anni in Italia sono pressoché sconosciute e il più delle volte si parla genericamente di danni morali o danni non economici.

¹¹⁸ Cfr. il manuale della scuola pisana, AA. VV., *Diritto privato, Parte seconda*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 616.

¹¹⁹ Aderendo perfettamente al concetto di "benessere", proposto dall'OMS (più volte richiamato anche da G. COMANDÈ, *Il danno esistenziale e il "diritto pigro"*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, Cedam, 2003, p. 63 ss. e preso in considerazione da numerosi Paesi firmatari dell'organizzazione, oltre che dalla stessa Comunità europea), nella sua triplice componente (fisica, mentale e sociale), potrebbe leggersi nell'art. 2059 del codice civile italiano (nella sua moderna lettura costituzionalmente orientata) una tutela non patrimoniale unitaria, ma che copra (all'interno di una unica determinazione risarcitoria, ed evitando duplicazioni di sorta) ogni possibile pregiudizio a valori inerenti alla persona, ossia il danno morale – non più transeunte, come si è detto, ma nella sua nuova accezione di «sofferenza soggettiva (...) in sé considerata (...) la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento» (così nella sentenza n. 26972 del 2008) –, il danno biologico – inteso come lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psico-fisica –, ed il danno esistenziale – come pregiudizio alle «attività realizzatrici della persona umana», o, utilizzando un paradigma più recente, «alla piena esplicazione della persona nelle relazioni sociali» (Cass. n. 9009/2001; vedasi, inoltre, G. P. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile* Torino, Utet, 1998, p. 484), o ancora, secondo una formula proposta da autorevole dottrina, come «degrado della qualità della vita» (così C. M. BIANCA, *Il sistema dei danni*, in AA. VV., *I danni: verso quali prospettive?*, cit. supra, nota 34, p. 10, rinviando anche al *Draft Common Frame of Reference*, Book III, 3.701-3, ove si precisa che «non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life»). Sul tema, si rinvia anche a R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 521, il quale evidenzia che mentre le Sezioni Unite dichiarano non risarcibile la lesione del "benessere" altrui, l'art. 2, comma 1, lett. o., del Testo unico sulla sicurezza (dlgvo n. 81/2008) ha «proclamato, recuperando la storica nozione dell'Organizzazione Mondiale della sanità, che la "salute" è uno "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità"».

¹²⁰ Nell'art. 2, primo comma, della legge in questione, invero, si parla di «equa riparazione»,

In attesa che sia il legislatore ad intervenire in materia, occorre che siano i giudici di legittimità e delle leggi a garantire con la propria giurisprudenza una maggiore apertura dell'ordinamento giuridico italiano verso una non più procrastinabile integrazione sovranazionale, ricordando sempre che «qualora, in nome del bisogno di preservare la purezza o la esclusiva attitudine della Costituzione al riconoscimento dei diritti da "contaminazioni" esterne, si dovessero ritenere chiuse le porte all'ingresso di norme materialmente (ma non formalmente) costituzionali, quali appunto quelle relative ai diritti, si farebbe luogo ad un'attuazione riduttiva (e, anzi, deformante) della Costituzione stessa»¹²¹.

Significativi segnali di novità sembrano emergere, da questo punto di vista, dalla nuova "interpretazione autentica" delle sentenze gemelle del 2008, fornita dalle stesse Sezioni Unite nella pronuncia n. 3677 del 16 febbraio 2009.

Rinviando alla sentenza n. 26972/2008, l'organo nomofilattico afferma che, secondo quanto stabilito in tale decisione, «il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (fatto illecito integrante reato) e quello in cui la risarcibilità, pur non essendo prevista da norma di legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla legge»¹²².

È presto per dire quali esiti avrà una siffatta presa di posizione¹²³, ma stando alla nuova impostazione (che parrebbe proprio avere un ruolo chiarificatore rispetto al recente passato), sembra difficile negare una apprezzabile apertura verso il riconoscimento della possibilità di accordare tutela non patrimoniale (sia pur solo in presenza di una lesione grave) tanto ai diritti della persona comunque riconosciuti dalla Costituzione (ancorché sprovvisi del – già ampiamente criticato per la sua ambiguità – carattere della inviolabilità), quanto ai diritti riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o (se questa seconda opzione può creare meno resistenze) dalla legge italiana n. 848 del 1955, documento di ratifica della CEDU stessa.

Angelo Viglianisi Ferraro*

ma sono le stesse Sezioni Unite a richiamare tale fattispecie tra le ipotesi risarcitorie di danni non patrimoniali.

¹²¹ A. RUGGERI, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, n. 3/2007, p. 320.

¹²² Così nel par. 11 della sentenza (commentata da P. ZIVIZ, *Le "magnifiche sorti e progressive"*, *cit. supra*, nota 47, p. 765 ss.).

¹²³ Cfr. G. PONZANELLI, *Conferme ed incertezze della Cassazione dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, n. 7 del 2009, p. 761 ss.

* Ricercatore di Diritto Privato / Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

L'INFORMAZIONE DEL CONSUMATORE NEL SETTORE ALIMENTARE: IL NUOVO INDIRIZZO DELLA COMMISSIONE SUSCITA PERPLESSITÀ

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni alimentari ai consumatori (presentata dalla Commissione)*

Relazione

1. Contesto della proposta

- Motivazione e obiettivi della proposta

Il progetto di proposta consolida e aggiorna due settori della legislazione in materia di etichettatura, vale a dire l'etichettatura generale dei prodotti alimentari e l'etichettatura nutrizionale, rispettivamente disciplinati dalle direttive n. 2000/13/Ce e n. 90/496/Cee. La direttiva n.2000/13/Ce è stata modificata più volte e l'evoluzione del mercato dei prodotti alimentari e delle aspettative dei consumatori ne rende necessari l'aggiornamento e la modernizzazione.

La direttiva n.90/496/Ce stabilisce che la Commissione deve presentare una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva. Le procedure interistituzionali sono cambiate e, in alcuni casi, la Commissione deve presentare una valutazione d'impatto insieme alle proposte di nuova legislazione. La valutazione d'impatto che accompagna la revisione della legislazione in materia di etichettatura nutrizionale offre un panorama dell'applicazione della direttiva n. 90/496/Cee. Di conseguenza, l'applicazione della direttiva non è stata oggetto di una relazione separata.

* Com(2008)40 def. del 30 gennaio 2008. {SEC(2008)92}, {SEC(2008)93}, {SEC(2008)94}, {SEC(2008)95}. Il testo integrale del Regolamento, sopra riportato, è reperibile al seguente indirizzo internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0040:FIN:IT:PDF> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 835 ss., il commento di FAUSTO CAPELLI.

- *Contesto generale*

Etichettatura generale - La principale motivazione politica del primo strumento legislativo "orizzontale" in materia di etichettatura alimentare (la direttiva n. 79/112/Ce) era di fissare le regole applicabili all'etichettatura dei prodotti alimentari al fine di agevolare la libera circolazione di tali prodotti nella Comunità. Col tempo, la tutela dei diritti dei consumatori è emersa quale obiettivo specifico della Comunità europea.

Nel 2003, la DG SANCO, in stretta collaborazione con le parti interessate, ha lanciato una valutazione della legislazione relativa all'etichettatura dei prodotti alimentari al fine di riesaminare la sua efficacia e la sua base giuridica e di identificare le esigenze e le aspettative dei consumatori di oggi in materia di informazione alimentare, tenuto conto dei vincoli tecnici e logistici. Le conclusioni, pubblicate nel 2004, hanno consentito di definire gli elementi sui quali avrebbe dovuto concentrarsi una futura proposta.

Etichettatura nutrizionale - Il consumatore deve avere accesso ad informazioni chiare, coerenti e sostenute da elementi concreti. Questa necessità è stata sottolineata nel Libro bianco, di recente pubblicazione, intitolato «Una strategia europea per i problemi di salute legati all'alimentazione, al sovrappeso e all'obesità». L'etichettatura nutrizionale è uno strumento tradizionale di informazione dei consumatori che agevola la presa in considerazione del fattore salute nelle scelte alimentari. Vi è un vasto consenso nell'ammettere che occorre rafforzare l'efficacia dell'etichettatura nutrizionale in quanto strumento in grado di aiutare il consumatore nello scegliere un'alimentazione equilibrata.

Alcune parti interessate hanno preso l'iniziativa di incoraggiare l'inserimento delle informazioni nutrizionali sulla parte anteriore degli imballaggi. I sistemi di etichettatura utilizzati variano e ciò può creare ostacoli al commercio.

- *Disposizioni vigenti nel settore della proposta*

La proposta fonde e modifica la seguente legislazione:

- Direttiva n. 2000/13/Ce 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.

Questa direttiva stabilisce i requisiti di etichettatura comuni applicabili a tutti i prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché a quelli destinati a collettività. Determina inoltre le informazioni che devono figurare obbligatoriamente sull'etichetta.

La proposta introduce alcuni principi generali relativi alle informazioni alimentari che devono essere fornite e sviluppa un meccanismo di *governance* che ha il fine di tenere conto delle evoluzioni in grado di aiutare i consumatori ad effettuare scelte informate in materia alimentare. In grandi linee, i requisiti obbligatori rimangono gli stessi ma la Commissione può proporre di nuovi in rapporto a questioni specifiche.

- Direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, del 24 settembre 1990 relativa all'etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari.

La proposta introduce l'obbligo di menzionare gli elementi nutrizionali essenziali nel principale campo visivo.

Oltre alla fusione delle direttive n. 2000/13/Ce e n. 90/496/Cee, i seguenti testi sono rifusi nel testo:

- Direttiva n. 87/250/Cee della Commissione, del 15 aprile 1987, relativa all'indicazione del titolo alcolometrico volumico nell'etichettatura di bevande alcoliche destinate al consumatore finale
- Direttiva n. 94/54/Ce della Commissione, del 18 novembre 1994, relativa alla specificazione sull'etichetta di alcuni prodotti alimentari di altre indicazioni obbligatorie oltre a quelle previste dalla direttiva n. 79/112/Cee del Consiglio
- Direttiva n. 1999/10/Ce della Commissione, dell'8 marzo 1999, che introduce deroghe alle disposizioni di cui all'art. 7 della direttiva n. 79/112/Cee del Consiglio per quanto riguarda l'etichettatura dei prodotti alimentari
- Direttiva n. 2002/67/Ce della Commissione, del 18 luglio 2002, relativa all'etichettatura dei generi alimentari contenenti chinino e di prodotti alimentari contenenti caffeina
- Regolamento (Ce) n. 608/2004 della Commissione, del 31 marzo 2004, relativo all'etichettatura di prodotti e ingredienti alimentari addizionati di fitosteroli, esteri di fitosterolo, fitostanoli e/o esteri di fitostanolo
- Direttiva 2004/77/Ce della Commissione, del 29 aprile 2004, che modifica la direttiva n. 94/54/Ce per quanto riguarda l'etichettatura di taluni prodotti alimentari contenenti acido glicirrizico e il suo sale di ammonio.

- Coerenza con le altre politiche e gli altri obiettivi dell'Unione

La proposta si inquadra nell'azione «meglio legiferare» della Commissione, nella strategia di Lisbona, nonché nella strategia dell'UE a favore dello sviluppo sostenibile. L'accento è posto sulla semplificazione del procedimento regolamentare e consente di ridurre gli oneri amministrativi e di migliorare la competitività del settore alimentare europeo, garantendo al tempo stesso la sicurezza dei prodotti alimentari, mantenendo un livello elevato di protezione della salute pubblica e tenendo conto degli aspetti globali. Informazioni pertinenti potrebbero essere disponibili al termine di un'azione attualmente in corso, volta a misurare i costi amministrativi generati dalle disposizioni orizzontali sull'etichettatura.

(Omissis)

3. Elementi giuridici della proposta

- Riassunto delle misure proposte

Adozione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni alimentari ai consumatori. La proposta modernizza, semplifica e chiarisce l'attuale scenario del settore dell'etichettatura dei prodotti alimentari. In particolare:

- rifonde le varie disposizioni orizzontali in materia di etichettatura. La fusione di questi testi (direttive) in un unico atto legislativo (regolamento) massimizzerà le sinergie e migliorerà la precisione e la coerenza della regolamentazione comunitaria. Tale metodo consente una profonda semplificazione, in grado di offrire agli operatori economici e alle autorità di controllo un quadro regolamentare più preciso e più razionale;
- garantisce la coerenza norme orizzontali e verticali;
- razionalizza (aggiorna e chiarisce) le disposizioni sulle informazioni obbligatorie stabilite dall'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2000/13/Ce.
- crea un meccanismo flessibile "dal basso verso l'alto" (attraverso i sistemi nazionali) suscettibile di favorire l'innovazione dell'industria per quanto riguarda l'etichettatura alimentare e l'adeguamento della regolamentazione in materia di etichettatura a mercati e aspettative dei consumatori diversi e in costante evoluzione.

Introduce inoltre principi chiari che consentono di distinguere in modo più preciso tra informazioni obbligatorie e volontarie. I principali cambiamenti per quanto riguarda le questioni di etichettatura generale sono i seguenti:

- in materia di etichettatura dei prodotti alimentari, sono chiarite le responsabilità dei vari operatori del settore alimentare lungo la catena di approvvigionamento;
- al fine di migliorare la leggibilità delle informazioni fornite nelle etichette, viene stabilita una dimensione minima dei caratteri per le informazioni obbligatorie;
- i prodotti alimentari non preimballati venduti nel commercio al dettaglio e nei punti di ristoro collettivo devono d'ora in poi recare indicazioni sugli ingredienti allergenici;
- considerando le caratteristiche specifiche del vino, delle bevande spiritose e della birra, la proposta prevede che la Commissione elabori una relazione sull'applicazione delle norme vigenti in materia di elencazione degli ingredienti e di etichettatura nutrizionale obbligatoria per questi prodotti, con la possibilità di adottare norme specifiche;
- Per quanto riguarda l'indicazione sull'etichetta del paese d'origine o del luogo di provenienza di un prodotto alimentare, il requisito fondamentale posto dalla normativa rimane lo stesso. Tale indicazione rimane pertanto facoltativa; tuttavia, se l'omissione di tale informazione potrebbe indurre in errore il consumatore, l'indicazione diviene obbligatoria. In ogni caso, l'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza di un prodotto alimentare in quanto strumento di commercializzazione, sia essa facoltativa od obbligatoria, non deve ingannare il consumatore e deve essere basata su criteri armonizzati. Il paese d'origine deve essere determinato conformemente alle disposizioni relative all'origine non preferenziale del Codice Doganale Comunitario. Per luogo di provenienza si intenderà qualunque luogo diverso dal paese d'origine specificato dal Codice Doganale Comunitario. Le regole che disciplinano la determinazione del luogo di provenienza saranno adottate nel quadro della procedura di comitatologia. Vengono inoltre introdotti criteri concernenti la dichiarazione del paese d'origine o del luogo di provenienza dei prodotti che con-

tengono più ingredienti e il paese d'origine e il luogo di provenienza della carne diversa da quella di manzo o di vitello. Tali criteri si applicano anche all'indicazione facoltativa di origine «CE».

- La proposta chiarisce le condizioni alle quali gli Stati membri possono adottare norme nazionali sull'etichettatura di origine.

Le norme sull'etichettatura nutrizionale sono rifuse con le disposizioni orizzontali in materia di etichettatura dei prodotti alimentari. La proposta impone, nel caso di un'etichetta di prodotti alimentari, il posizionamento di un'etichettatura nutrizionale nel campo visivo principale. Essa consente la diffusione di buone prassi in materia di presentazione delle informazioni nutrizionali, comprese forme alternative di espressione delle informazioni nutrizionali in correlazione con le esigenze quotidiane globali di elementi nutritivi, ovvero forme grafiche di presentazione.

Gli aspetti principali della proposta per quanto riguarda l'etichettatura nutrizionale sono i seguenti:

- La dichiarazione obbligatoria riguarda il contenuto calorico (energia), i grassi, i grassi saturi, i carboidrati con specifico riferimento agli zuccheri e il sale, espressi come quantità per 100 g o per 100 ml o per porzione nel campo visivo principale (parte anteriore dell'imballaggio) mentre gli elementi nutritivi di un elenco determinato possono essere dichiarati volontariamente. Nel selezionare gli elementi obbligatori si è tenuto conto: delle ricerche da cui risulta che i consumatori possono sentirsi sopraffatti da un eccesso di informazioni; dei pareri scientifici riguardanti i più importanti elementi nutritivi che hanno un rapporto con il rischio dell'insorgere dell'obesità e di malattie non trasmissibili; della necessità di evitare oneri eccessivi per l'industria alimentare, e in particolare per le piccole e medie imprese;
- nel caso delle bevande alcoliche, sono previste deroghe per il vino, le bevande spiritose e la birra; la materia sarà oggetto di una futura relazione della Commissione.
- gli elementi obbligatori devono essere dichiarati anche in rapporto ai consumi di riferimento, mentre possono essere messe a punto altre forme di presentazione nel quadro dei sistemi nazionali instaurati a titolo volontario.

Al fine di risolvere i problemi derivanti da una legislazione frammentaria, la nuova proposta modificherà, rifonderà e sostituirà disposizioni già vigenti nel contesto dell'attuale legislazione orizzontale sull'etichettatura dei prodotti alimentari e porterà all'abrogazione dei seguenti atti:

Direttive n. 2000/13/Ce, n. 90/496/Cee, n. 87/250/Cee, n. 94/54/Ce, n. 1999/10/Ce, n. 2002/67/Ce, n. 2004/77/Ce e regolamento (Ce) n. 608/2004.

(Omissis)

**EVOLUZIONE DEL RUOLO DELL'ETICHETTATURA DEGLI ALIMENTI:
DALLE PROPRIETÀ NUTRITIVE AGLI EFFETTI SULLA SALUTE,
ALLA LUCE DELLA PROPOSTA DI NUOVO REGOLAMENTO
SULL'INFORMAZIONE AL CONSUMATORE DI PRODOTTI
ALIMENTARI***

La proposta di nuovo Regolamento sull'informazione al consumatore presentata dalla Commissione europea¹ solleva un dubbio interpretativo di fondo, in un giurista che si occupa di diritto dell'alimentazione. Si tratta in effetti del dubbio implicitamente evocato nel titolo della relazione che mi è stata assegnata: «L'evoluzione del ruolo dell'etichettatura degli alimenti: dalle proprietà nutritive agli effetti sulla salute».

Il dubbio implicitamente evocato in tale titolo sembra chiaro: ci dobbiamo chiedere, infatti, se con la proposta di nuovo regolamento sull'informazione al consumatore, il legislatore comunitario non si accontenti più di fornire al consumatore appropriate informazioni sugli alimenti *da acquistare*, ma intenda invece trasmettere, allo stesso consumatore, specifiche indicazioni sugli alimenti *da assumere*, vale a dire sui prodotti alimentari *da mangiare*.

Per risolvere il dubbio in modo adeguato occorre chiarire due aspetti preliminari essenziali.

Le fondamentali direttive comunitarie che hanno svolto negli ultimi trent'anni la funzione di informare il consumatore in materia alimentare sono, come sappiamo, l'attuale direttiva n. 2000/13² e la precedente direttiva n. 79/112³ che è stata abrogata e sostituita da quella prima citata. Tali direttive hanno subito numerose modifiche nel corso degli anni, come pure sappiamo,

* Versione riveduta ed ampliata dell'intervento effettuato dall'Autore al Convegno sul tema: «Sicurezza e nutrizione: etichettatura degli alimenti e informazione al consumatore» tenutosi ad Arezzo il 25 novembre 2009, su iniziativa del Ministero della Salute.

¹ Cfr. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni alimentari ai consumatori (Com(2008)40 definitivo del 30 gennaio 2008). In materia di etichettatura dei prodotti alimentari, v. G. DE GIOVANNI, *Le etichette dei prodotti alimentari*, Bologna, Edagricole, 2004, nonché A. NERI, *Etichettatura, presentazione, pubblicità dei prodotti alimentari nell'enunciato del decreto legislativo n. 109/92. Il Trinomio deve essere applicato in funzione univoca*, in *Alimenta*, 2009, p. 31.

² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari, in *Guce* n. L 109 del 2000.

³ In *Guce* n. L 33 del 1979.

per tener conto della necessità di fornire, tramite le etichette dei prodotti alimentari, nuove e più precise informazioni⁴.

Ma l'obiettivo perseguito da tali direttive è sempre stato di natura commerciale, fondato sul principio della libertà di circolazione delle merci. Basta infatti leggere i primi *considerando* della direttiva n. 2000/13 (e della precedente direttiva n. 79/112) per convincersene. Lo scopo perseguito dalle direttive è stato infatti sempre quello di armonizzare le regole nazionali degli Stati membri sull'etichettatura e sulla presentazione dei prodotti alimentari per evitare il sorgere di ostacoli alla circolazione di tali prodotti all'interno del mercato europeo.

Di conseguenza, le disposizioni dell'attuale direttiva n. 2000/13, relative all'etichettatura dei prodotti alimentari, sono formulate in modo da consentire al consumatore di operare una scelta consapevole al momento dell'acquisto del prodotto alimentare che gli viene presentato dal venditore.

Analogamente, la direttiva n. 90/496⁵ sull'etichettatura nutrizionale, che è l'altra direttiva importante sull'informazione dei consumatori, è allo stesso modo fondata sul principio della libera circolazione delle merci nel mercato unico europeo.

Questa direttiva, come è pure noto, ha subito poche modifiche nel corso dei suoi vent'anni di vita e, pur essendo il suo impiego sostanzialmente facoltativo, ha trovato da tempo sistematica applicazione con riferimento a numerosissimi prodotti alimentari svolgendo, quindi, una funzione informativa non trascurabile.

Orbene, nel progetto di nuovo regolamento sull'informazione al consumatore, le disposizioni delle due direttive, appena menzionate, vengono tra loro fuse e, come d'incanto, sparisce la vecchia base giuridica riferita alla libertà di circolazione delle merci sulla quale erano e sono attualmente ancora fondate: la nuova base giuridica diventa ora quella della tutela della salute del consumatore⁶.

La Commissione europea precisa, nella sua relazione e in altri atti e documenti⁷, che le persone in sovrappeso e quelle obese sono diventate in Europa troppo numerose con rischi evidenti dal punto di vista sanitario, per cui d'ora in poi si adopererà essa stessa per farle dimagrire occupandosi della loro salute a

⁴ Cfr. Direttiva Ce n. 2003/89 sull'indicazione in etichetta delle sostanze allergeniche contenute nei prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 308 del 2003.

⁵ In *Guce* n. L 276 del 1990.

⁶ Cfr. i *considerando* da 1 a 4 del Regolamento proposto dalla Commissione. L'art. 153 TCE sulla protezione dei consumatori è la prima norma cui viene fatto riferimento nei predetti *considerando*.

⁷ Cfr. *considerando* n. 10 del Regolamento proposto dalla Commissione e *Libro Bianco* della Commissione sulla strategia europea sugli aspetti sanitari connessi all'alimentazione, al sovrappeso e all'obesità (Com(2007)279 def. del 30 maggio 2007).

colpi di regolamenti e di altre norme vincolanti in materia alimentare⁸.

È un approccio che filosoficamente può non essere condiviso.

Non si può convertire la gente a colpi di crocefisso (tanto più che adesso lo vogliono pure nascondere).

Tramite norme vincolanti si può impedire a uno di rubare, non di essere un ladro. Appena l'occasione si presenta riprenderà a rubare.

Così si potrà impedire a qualche prodotto di essere immesso sul mercato perché non regolarmente etichettato secondo le norme vincolanti, ma credo sia illusorio pensare di impedire al consumatore, tramite un'etichetta con dati vincolanti, di esagerare nel mangiare o, più semplicemente, di nutrirsi male o in modo inadeguato⁹.

Imposizioni del genere, sperimentate in Germania e negli Stati Uniti, sono state addirittura controproducenti. Quando i genitori hanno vietato di mangiare *snack* e simili ai propri figli, hanno constatato che questi ne abusavano¹⁰.

A mio avviso, fare affidamento sulle etichette per insegnare al consumatore a nutrirsi, per quanto non sia dannoso, è probabilmente improduttivo e sicuramente insufficiente.

Dimostra una limitata capacità di introspezione psicologica, che finisce sempre per deludere chi pretende di adottare prescrizioni senza prevedere le reazioni di chi le deve osservare¹¹.

Si possono citare vari provvedimenti, applicati in diversi settori dell'economia, che non hanno avuto alcun successo, proprio per i motivi appena indicati.

Se vogliamo vedere le cose come stanno, le etichette, in quanto tali, riferite ai prodotti alimentari di uso corrente, non hanno incidenza sul comportamento dei consumatori, nel senso di indurli a tenere comportamenti più o meno virtuosi. Ciò non avviene neppure per prodotti di altro genere, anche se hanno carattere voluttuario.

Le etichette applicate sui pacchetti di sigarette ne sono una prova lampante e drammatica. Tali etichette riportano obbligatoriamente messaggi funesti e addirittura micidiali del tipo: *Il fumo uccide! Il fumo danneggia la tua salute!* e simili.

⁸ V. sul punto, M. HAGENMEYER, *The Regulation Overkill: Food Information*, in *European food and feed Law Review*, 2008, p. 165.

⁹ Cfr. il "fondo" di A. NERI, *Sani per legge*, in *Alimenta*, 2007, p. 1.

¹⁰ Ciò a conferma della verità contenuta nella massima di *Ennio Flaiano*, secondo cui vietare di fare qualcosa ai propri figli può anche determinare l'effetto contrario. E questo vale particolarmente in Italia dove, come diceva *Leo Longanesi*, alla *Norma* si è sempre preferito *La Traviata*.

¹¹ È significativo il fatto che la Commissione dichiarò, a p. 5 della sua relazione alla proposta di Regolamento qui esaminata, che «Non è stato necessario ricorrere ad esperti esterni». Se la Commissione avesse chiesto il parere di esperti esterni, avrebbe potuto ottenere qualche utile suggerimento.

Ebbene, gli unici consumatori che li leggono e, per di più, senza scomporsi, sono proprio i fumatori.

Tutti gli altri stanno lontani dal fumo non perché dissuasi dai messaggi riportati sulle etichette ma perché si erano già in precedenza convinti, tramite adeguate verifiche, che il fumo è dannoso alla loro salute.

Di conseguenza, non sono le etichette con le indicazioni obbligatorie a determinare il comportamento virtuoso degli uni e quello vizioso degli altri.

Lo stesso avviene con le etichette dei prodotti alimentari di uso corrente.

Il prodotto alimentare etichettato con una medesima etichetta è lo stesso che viene venduto su tutti i mercati, ma quelli che lo comprano per consumarlo sono diversi gli uni dagli altri e diverse sono le loro esigenze.

Se un consumatore soffre di celiachia e un altro di allergia, cercheranno entrambi di appurare, tramite l'etichetta, se il prodotto che intendono acquistare contenga sostanze che li possano danneggiare.

Ma l'indicazione relativa alla presenza di tali sostanze nel prodotto, che giustamente deve essere riportata in modo obbligatorio sull'etichetta, arriva ad incidere sul comportamento del consumatore, inducendolo ad effettuare una scelta consapevole, soltanto perché è il consumatore stesso che è già al corrente dei danni che le predette sostanze gli possono provocare e che egli intende evitare.

Il problema risiede quindi nella necessità di ricorrere ad altri strumenti per informare adeguatamente il consumatore dei prodotti alimentari di uso corrente su come deve comportarsi e su come deve leggere le etichette in modo da poterle correttamente comprendere.

Le eccezioni ammissibili potrebbero riguardare i prodotti alimentari diversi da quelli di uso corrente come, ad esempio, i prodotti destinati ad una alimentazione particolare¹², o gli integratori alimentari¹³, in considerazione delle diverse funzioni da essi svolte e delle peculiari esigenze dei consumatori che li acquistano.

Un'altra eccezione potrebbe riguardare gli alimenti per la prima infanzia¹⁴ dato che, essendo i consumatori di tali prodotti, come è ovvio, non in grado di leggerne le etichette, ed essendo gli acquirenti degli stessi (genitori, parenti, etc.) consigliati da medici e pediatri competenti in materia di alimentazione per bambini, le etichette di tali prodotti possono anche contenere informazioni particolari ed entrare in dettagli specialistici¹⁵.

¹² Cfr. Direttiva Ce n. 2009/39, in *Gu-Ue* n. L 124 del 2009.

¹³ Cfr. Direttiva Ce n. 2002/46, in *Gu-Ce* n. L 183 del 2002.

¹⁴ Cfr. Direttiva Ce n. 2006/141 sugli alimenti per lattanti e alimenti di proseguimento, in *Gu-Ue* n. L 401 del 2006.

¹⁵ Le considerazioni svolte nel testo, con riferimento tanto alle etichette dei prodotti alimentari di uso corrente quanto a quelle dei prodotti alimentari particolari, relativamente all'obbligatorietà di determinate indicazioni da riportare nelle etichette medesime, risultano giustificate dal nuovo

Ammesse le eccezioni sopra menzionate, le etichette dei prodotti alimentari di consumo corrente, destinati alla stragrande maggioranza dei consumatori, devono invece portare indicazioni utili per consentire al consumatore di scegliere quale prodotto acquistare, senza la pretesa di insegnargli come alimentarsi.

In effetti, una pretesa del genere, fondata sulla convinzione di poter combattere l'obesità mediante l'etichettatura dei prodotti alimentari, andrà delusa e le nuove etichette, come tali, non riusciranno probabilmente a far diminuire nemmeno di un chilo le persone in sovrappeso.

Per insegnare al consumatore ad alimentarsi in modo corretto, occorre invece organizzare adeguate campagne di informazione, che siano veramente efficaci, curando che l'informazione si trasformi in una vera comunicazione¹⁶. È un problema questo che riguarda i comportamenti umani nonché gli stili di vita e che, pertanto, non può essere risolto unicamente con indicazioni da riportare obbligatoriamente sulle etichette dei prodotti alimentari.

Per concludere, approfittando di questa occasione, suggerirei quindi alla Commissione Unica per la dietetica e la nutrizione, operante presso il Mini-

indirizzo seguito dalla Commissione europea nella proposta di regolamento sull'informazione al consumatore, esaminata nel testo. A ben vedere, l'indirizzo che si intende seguire con la proposta di regolamento sembra essere quello di affermare un concetto di *sicurezza nutrizionale* che dovrebbe costituire lo stadio più avanzato da raggiungere dopo quello della *sicurezza alimentare*.

Se, grazie alla *sicurezza alimentare*, si mira a proteggere i consumatori dalle conseguenze dannose procurate da un prodotto alimentare a rischio (nocivo, non adatto al consumo umano, cfr. art. 14 del Regolamento n. 178/2002), con la *sicurezza nutrizionale* si intenderebbe invece insegnare al consumatore come deve nutrirsi per rimanere in salute e stare bene.

In effetti, la *sicurezza alimentare* deve riguardare la generalità dei consumatori perseguendo l'obiettivo di proteggerli dagli effetti nocivi che il prodotto alimentare potrebbe causare a tutti. Al contrario, la *sicurezza nutrizionale* non dovrebbe riguardare indistintamente tutti i consumatori, ma soltanto alcuni di essi. Per riprendere l'esempio del testo, il glutine contenuto negli alimenti non è una sostanza nociva per la generalità dei consumatori, ma soltanto per chi è affetto da celiachia (cfr. sul punto il Regolamento (Ce) n. 41/2009 della Commissione, del 20 gennaio 2009, relativo alla composizione e all'etichettatura dei prodotti alimentari adatti alle persone intolleranti al glutine, in *Gu-Ue* n. L 16 del 21 gennaio 2009, p. 3 ss, che si applicherà dal 2012). Lo stesso vale per i numerosi prodotti contenenti sostanze allergeniche che sono innocui per la generalità dei cittadini, ma non per chi soffre di allergia.

Di conseguenza la funzione dell'etichetta, come indicato nel testo, è quella di segnalare la presenza delle sostanze che possono danneggiare il celiaco o chi soffre di allergia, in modo che gli interessati evitino di consumare i prodotti per loro dannosi.

Ovviamente, potrebbe costituire uno strumento rientrante nel concetto di *sicurezza nutrizionale* anche la segnalazione in etichetta degli zuccheri e dei grassi etc. contenuti nei prodotti in quanto di utilità per il consumatore avvertito.

Ma la funzione della *sicurezza nutrizionale* attraverso l'etichettatura finisce qui: vale a dire con la segnalazione delle sostanze contenute nei prodotti posti in commercio.

Al di fuori di questi casi la *sicurezza nutrizionale*, intesa come requisito che può incidere sul comportamento del consumatore per aiutarlo a scegliere i prodotti da assumere, vale a dire per aiutarlo a seguire un determinato stile di vita, deve essere perseguito con altri strumenti. Sono gli strumenti che può soltanto fornire un'informazione direttamente rivolta al consumatore nei modi auspicati al termine del presente scritto.

¹⁶ Informazione è ciò che uno dice; comunicazione è ciò che capisce chi riceve l'informazione. È facile rendersi conto della differenza. Sul punto v. A. NERI, *Etichettatura, presentazione, cit. supra*, nota 1, spec. p. 31.

stero della Salute¹⁷, di mettere a punto, insieme a qualche Istituto pubblico, un'iniziativa che consenta di elaborare informazioni affidabili sul *"mangiare sano per vivere bene"* (insegnando anche a leggere le etichette dei prodotti alimentari) da lanciare in Italia e, poi, se avrà successo, da portare all'attenzione della Commissione europea perché la sottoponga anche all'esame degli altri Stati membri.

Fausto Capelli

¹⁷ Cfr. d.p.r. n. 86 del 14 maggio 2007.

DOCUMENTAZIONE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 29-30 ottobre 2009*

Rilevando che l'Unione necessita rapidamente di chiarezza sul suo assetto istituzionale per poter funzionare in modo efficace, il Consiglio europeo ha auspicato il rapido completamento del processo di ratifica affinché il trattato entri in vigore prima della fine dell'anno. Il Consiglio europeo ha definito la posizione dell'UE in riferimento alla prossima conferenza di Copenaghen sui cambiamenti climatici, che consentirà all'UE di svolgere un ruolo costruttivo nella fase conclusiva della negoziazione, in particolare su temi fondamentali quali finanziamento, trasferimento di tecnologie, adattamento, mitigazione e buona *governance*. Il Consiglio europeo ha fatto il punto della situazione economica, finanziaria e occupazionale, sottolineando segnatamente la necessità di mettere a punto una strategia coordinata di uscita dalle politiche di stimolo su larga scala, quando la ripresa sarà assicurata. Ha adottato la strategia dell'UE per la regione del Mar Baltico, che costituisce un quadro integrato per affrontare sfide comuni. Ha fatto il punto dei progressi realizzati nell'attuazione delle misure relative all'immigrazione clandestina e chiesto di compiere ulteriori sforzi, segnatamente per quanto riguarda il potenziamento di FRONTEX. Il Consiglio europeo ha infine affrontato la situazione in Afghanistan/Pakistan.

La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da una presentazione di Jerzy Buzek, presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.

I. Questioni istituzionali

1. Il Consiglio europeo accoglie con favore la ratifica del Trattato di Lisbona da parte di Germania, Irlanda e Polonia, il che significa che è stato ormai approvato dai cittadini o dai parlamenti di tutti i 27 Stati membri.

2. Il Consiglio europeo rammenta che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona richiede la ratifica di ciascuno dei 27 Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali. Ribadisce la propria determinazione affinché il Trattato entri in

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=432&lang=IT> (*n.d.r.*).

vigore entro il 2009 e possa così produrre i suoi effetti nel futuro. (*Omissis*)

II. Cambiamenti climatici (*Omissis*)

III. Situazione economica, finanziaria e occupazionale

26. Il drastico calo dell'attività economica europea si sta arrestando, i mercati finanziari si stabilizzano e migliora la fiducia. Non c'è tuttavia spazio per l'autocompiacimento, in particolare se si considera l'aumento del tasso di disoccupazione. Occorre seguire con attenzione l'incipiente ripresa e fino a quando questa non sia pienamente assicurata le politiche di sostegno non dovrebbero essere abbandonate.

27. Nel contempo, per consolidare le aspettative e rafforzare la fiducia, è necessario mettere a punto una strategia coordinata di uscita dalle politiche di stimolo su larga scala quando la ripresa sarà assicurata, nel quadro dell'attuazione del patto di stabilità e crescita. Conformemente al punto 23, si invita la Commissione ad esaminare meccanismi di finanziamento innovativi a livello globale. Nel sottoscrivere le conclusioni del Consiglio del 20 ottobre 2009, il Consiglio europeo invita il Consiglio e la Commissione a proseguire i lavori sulle strategie di uscita e a riferire al Consiglio europeo di dicembre 2009. (*Omissis*)

IV. Strategia dell'UE per la regione del Mar Baltico (*Omissis*)

V. Immigrazione e asilo (*Omissis*)

VI. Relazioni esterne (*Omissis*)

ALLEGATO I

Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Repubblica Ceca

(*Omissis*)

ALLEGATO II

Orientamenti per la posizione dell'UE sui finanziamenti internazionali per il clima

(*Omissis*)

ALLEGATO III

Dichiarazione sull'Iran

(*Omissis*)

ALLEGATO IV

Elenco dei documenti presentati al Consiglio europeo

(*Omissis*)

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 10-11 dicembre 2009**

Il nuovo Trattato di Lisbona consentirà all'Unione di concentrarsi appieno sulle sfide che si prospettano. Nei prossimi mesi proseguiranno i lavori volti ad assicurare la piena attuazione, soprattutto per quanto riguarda l'istituzione del Servizio europeo per l'azione esterna e l'adozione della normativa sulle iniziative dei cittadini. Nel rilevare che la situazione economica comincia a dare segni di stabilizzazione, il Consiglio europeo ha sottolineato l'importanza di elaborare strategie credibili e coordinate di uscita dalle politiche di stimolo su larga scala una volta che la ripresa sarà pienamente assicurata. Negli ultimi mesi l'UE ha compiuto buoni progressi nel rafforzare il suo quadro regolamentare, in particolare con l'accordo raggiunto dal Consiglio su una struttura radicalmente nuova per la vigilanza finanziaria in Europa. Date le importanti sfide strutturali cui l'UE è confrontata, è necessario valutare l'impatto della strategia di Lisbona ed elaborare una strategia nuova che risponda anche alle sfide nuove. Il Consiglio europeo ha adottato un nuovo programma pluriennale per il periodo 2010-2014, il programma di Stoccolma, che permetterà di sviluppare ulteriormente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il Consiglio europeo ha proceduto ad uno scambio di opinioni sul contributo ottimale che l'UE può apportare a un esito positivo della Conferenza di Copenaghen sui cambiamenti climatici. Ribadendo la posizione convenuta nell'ultima riunione di ottobre, ha dichiarato che l'UE e gli Stati membri sono pronti a contribuire con finanziamenti rapidi per un importo di almeno 2,4 miliardi di EUR l'anno per il periodo 2010-2012. Il Consiglio europeo ha adottato dichiarazioni su Iran e Afghanistan.

La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da una presentazione di Jerzy Buzek, presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.

I. Questioni istituzionali

1. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona in data 1° dicembre. Il Trattato dota l'Unione di un quadro istituzionale stabile e duraturo e le consentirà di concentrarsi appieno sulle sfide che si prospettano. (*Omissis*)

** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=432&lang=IT> (*n.d.r.*).

II. Situazione economica, finanziaria e occupazionale

6. La crisi economica e finanziaria ha significato sfide ardue per l'economia mondiale ed ha avuto come risultato la tendenza depressionaria più grave mai verificatasi dagli anni trenta. Per affrontare questa situazione l'UE e gli Stati membri hanno applicato un'ampia gamma di misure straordinarie, tra cui il piano europeo di ripresa economica del dicembre 2008. Le misure di sostegno sono state essenziali per ripristinare la fiducia nei mercati finanziari e garantirne il corretto funzionamento, come pure per smorzare l'impatto della crisi su crescita e occupazione.

7. La situazione economica comincia a dare segni di stabilizzazione e la fiducia sta crescendo. Le previsioni indicano una debole ripresa nel 2010, con il ritorno a una crescita più sostenuta nel 2011. Restano tuttavia incertezze e fragilità e si prevede un ulteriore deterioramento della situazione occupazionale e sociale nel 2010. Le politiche a sostegno dell'economia dovrebbero pertanto restare valide ed essere abbandonate soltanto quando la ripresa sarà del tutto certa. Per dare fondamento alle aspettative e rafforzare la fiducia, il Consiglio europeo riconferma l'importanza di sviluppare e comunicare strategie credibili e coordinate di uscita dalle politiche di stimolo su larga scala.

Strategie di uscita (Omissis)

Mercati finanziari, inclusa la vigilanza

12. La crisi finanziaria ha dimostrato chiaramente le debolezze del quadro regolamentare e delle misure di vigilanza attualmente applicati agli istituti finanziari. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'azione rapida e determinata avviata dal Consiglio, che ha convenuto una struttura fondamentalmente nuova della vigilanza finanziaria in Europa. Questa nuova struttura sarà concepita per ripristinare la fiducia di consumatori e investitori nei mercati finanziari, offrire in futuro maggiore protezione da crisi dell'economia e bolle speculative nonché rafforzare la stabilità e adeguare la vigilanza alla realtà dell'integrazione del mercato. (Omissis)

Una nuova strategia UE 2020

17. L'UE è confrontata a sfide strutturali importanti: per questo dieci anni fa è stata varata la strategia di Lisbona, che si è dimostrata utile per stabilire il quadro di un rafforzamento della competitività europea e dell'incoraggiamento delle riforme strutturali. È giunto ora il momento di valutare l'impatto della strategia di Lisbona e, soprattutto, di guardare al futuro. Considerati gli effetti economici e sociali della crisi e le sfide poste dall'invecchiamento demografico, da sempre maggiori disuguaglianze e dai cambiamenti climatici, è necessario, oggi più che mai, un approccio nuovo. Per migliorare ulteriormente la competitività e aumentare le potenzialità di crescita sostenibile dell'UE occorre riorientare le politiche a riforme a lungo termine nel quadro di una nuova strategia, ambiziosa e rinnovata. (Omissis)

Strategia per lo sviluppo sostenibile (Omissis)

III. Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini

25. Il Consiglio europeo ribadisce la sua determinazione a proseguire lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio e a tutela dei cittadini dell'UE e di coloro che vivono in tale spazio. Cinque anni dopo il programma dell'Aia, è tempo che l'Unione riesamini la sua politica per affrontare in maniera efficace le nuove sfide, sfruttando appieno le opportunità offerte dal Trattato di Lisbona. A tal fine il Consiglio europeo ha adottato un nuovo programma pluriennale per il periodo 2010-2014, il programma di Stoccolma.

26. Il Consiglio europeo ritiene che la priorità dei prossimi anni consista nel concentrarsi sugli interessi e le esigenze dei cittadini e di coloro nei confronti dei quali l'UE ha una responsabilità. La sfida da affrontare sarà quella di garantire, a un tempo, il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e dell'integrità e la sicurezza in Europa. È estremamente importante che le misure di contrasto e i provvedimenti a tutela dei diritti delle persone, dello stato di diritto e delle norme sulla protezione internazionale siano coerenti e si rafforzino reciprocamente. Il programma di Stoccolma si articola attorno alle priorità illustrate qui di seguito.

27. *Promuovere la cittadinanza e i diritti fondamentali:* la cittadinanza europea deve diventare una realtà tangibile. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve anzitutto porsi come uno spazio unico in cui siano protetti i diritti fondamentali. L'allargamento dello spazio Schengen deve proseguire. Il rispetto della persona umana e della sua dignità e degli altri diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo costituisce un valore essenziale. Sono da preservare, ad esempio, il reale godimento di queste libertà e la sfera privata del cittadino oltre le frontiere nazionali, specie attraverso la protezione dei dati personali. Occorre tenere conto delle particolari esigenze delle persone vulnerabili e garantire il pieno esercizio dei diritti specifici dei cittadini europei e non, in caso, anche al di fuori dell'Unione.

28. *Un'Europa del diritto e della giustizia:* per superare l'attuale frammentazione bisogna spingersi oltre nella realizzazione di uno spazio europeo di giustizia. Ciò significa, anzitutto, istituire meccanismi che agevolino l'accesso alla giustizia in modo che chiunque possa far valere i propri diritti ovunque nell'Unione. Sarebbe poi necessario intensificare la cooperazione tra i professionisti del settore, migliorandone inoltre la formazione, e dotarsi dei mezzi per eliminare gli ostacoli al riconoscimento delle decisioni giuridiche in altri Stati membri.

29. *Un'Europa della sicurezza:* occorre sviluppare una strategia di sicurezza interna che migliori la sicurezza nell'Unione e protegga in tal modo la vita e l'incolumità dei cittadini europei e che affronti la criminalità organizzata, il terrorismo e altre minacce. Questa strategia dovrebbe mirare a rafforzare la cooperazione in materia di applicazione della legge, gestione delle frontiere, protezione civile, gestione delle catastrofi, nonché la cooperazione giudiziaria in materia penale per rendere più sicura l'Europa. L'Unione europea deve inoltre fondare i suoi lavori sulla solidarietà tra Stati membri e avvalersi appieno dell'art. 222 del Trattato FUE.

30. *Accesso all'Europa in un mondo globalizzato:* occorre che l'accesso all'Europa sia più efficiente per tutti coloro che devono accedere al territorio dell'UE per un interesse legittimo. L'Unione e i suoi Stati membri devono nel contempo garantire

la sicurezza dei propri cittadini. Le politiche sulla gestione integrata delle frontiere e in materia di visti dovrebbero essere concepite in funzione di questi obiettivi.

31. *Un'Europa all'insegna della responsabilità, della solidarietà e del partenariato in materia di migrazione e di asilo:* uno degli obiettivi politici chiave dell'Unione europea è lo sviluppo di una politica migratoria europea lungimirante e articolata, fondata sulla solidarietà e la responsabilità. Occorre passare all'effettiva attuazione degli strumenti giuridici pertinenti e servirsi appieno delle agenzie e degli uffici competenti del settore. Il fenomeno migratorio, se efficacemente gestito, può essere benefico per tutte le parti interessate. Il patto europeo sull'immigrazione e l'asilo è una base chiara su cui impostare i futuri sviluppi in materia. L'Europa dovrà dotarsi di una politica flessibile che risponda alle priorità e ai bisogni degli Stati membri e permetta ai migranti di mettere pienamente a frutto il loro potenziale. Resta l'obiettivo d'istituire un sistema comune d'asilo nel 2012 e le persone bisognose di protezione devono avere un accesso garantito a procedure di asilo giuridicamente sicure ed efficaci. Inoltre, perché l'UE possa sempre contare su sistemi credibili e sostenibili in materia d'immigrazione e di asilo, occorre prevenire, controllare e contrastare la migrazione clandestina, dato che la pressione esercitata dai flussi migratori clandestini sull'UE, e in particolare sugli Stati membri alle frontiere esterne, tra cui quelle meridionali, sta aumentando, come detto nelle conclusioni del Consiglio europeo dell'ottobre 2009.

32. *Ruolo dell'Europa in un mondo globalizzato - La dimensione esterna:* dall'importanza della dimensione esterna della politica dell'UE nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia si evince che è necessario integrare maggiormente queste politiche nell'ambito delle politiche generali dell'Unione europea. La dimensione esterna è essenziale per poter affrontare le sfide chiave con cui ci confrontiamo e offrire ai cittadini dell'UE maggiori opportunità di lavoro e di relazioni d'affari con il resto del mondo. La dimensione esterna della libertà, sicurezza e giustizia è essenziale per la realizzazione efficace degli obiettivi del programma e dovrebbe essere oggetto di particolare considerazione in tutti gli altri aspetti della politica estera dell'UE ed essere pienamente coerente con questi.

33. Il Consiglio europeo invita la Commissione a presentare un piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, che dovrà essere adottato entro giugno 2010, e una revisione intermedia prima di giugno 2012.

IV. Conferenza di Copenaghen sui cambiamenti climatici (*Omissis*)

V. Allargamento (*Omissis*)

VI. Relazioni esterne

*Sviluppo (*Omissis*)*

*Partenariato orientale e Unione per il Mediterraneo (*Omissis*)*

*Iran (*Omissis*)*

*Afghanistan (*Omissis*)*

ALLEGATO I

Dichiarazione sull'Iran

(Omissis)

ALLEGATO II

Dichiarazione sull'Afghanistan

(Omissis)

ALLEGATO III

Elenco dei documenti presentati al Consiglio europeo

(Omissis)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

TUTELA AMBIENTALE E RESPONSABILITÀ PER DANNI DA INQUINAMENTO MARINO*

Sommario: *Premessa - 1. Le iniziative comunitarie in materia di inquinamento marino a sostegno delle strategie internazionali - 2. Critiche al sistema convenzionale e rinnovata azione dell'UE a tutela dell'ambiente marino - 3. Efficacia riflessa del diritto comunitario sul diritto penale: erosione dei poteri statali? - 4. Responsabilità da rifiuto inquinante e giurisprudenza comunitaria: applicazione del principio «chi inquina paga» - 5. Conclusioni.*

Premessa

È convinzione ormai largamente generalizzata che l'ambiente marino costituisca patrimonio comune universale, oggetto di interesse collettivo volto alla sua salvaguardia, senza distinzione di zone e limitazioni geografiche.

Eppure, per lungo tempo il mare è stato considerato il luogo più idoneo per lo scarico dei rifiuti prodotti dalle attività umane, tanto da rappresentare uno sbocco naturale al problema della loro eliminazione; naturale al punto da non potersi dubitare della liceità delle relative operazioni.

Con lo sviluppo tecnologico delle civiltà industrializzate si sono venute, però, a determinare forme talmente elevate di degradazione ambientale da far temere per la stessa sopravvivenza futura del mare, per cui lo sversamento dei rifiuti nelle acque marine ha cominciato ad assumere i connotati di un'attività illecita¹. Si pensi, a riguardo, all'avvento delle petroliere, alla pratica del loro

* Il presente testo approfondisce particolari aspetti del progetto «Unione degli Ordini degli Avvocati del Mediterraneo» presentato al Convegno su «La cooperazione territoriale nello spazio euromediterraneo: aspetti giuridici e programmi di sviluppo economico», tenutosi a Napoli - Città della Scienza - il 9 dicembre 2009.

¹ Per queste considerazioni cfr. U. LEANZA, *Il quadro giuridico di riferimento per la protezione del Mare Mediterraneo dall'inquinamento*, in M. C. CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del mare Mediterraneo dall'inquinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, p. 16 ss.

lavaggio, al conseguente spurgo in mare dei residui di petrolio e di altro materiale inquinante.

Ma sono state soprattutto le fuoriuscite di idrocarburi in mare a seguito del naufragio di navi petroliere ad attirare l'attenzione della Comunità internazionale e ad indurla ad assumere iniziative per porre validi argini alle nefaste conseguenze che l'inquinamento può provocare all'ambiente marino².

È appena il caso di rammentare, perché ormai fin troppo noti, i gravissimi incidenti che hanno coinvolto petroliere come la *Torrey Canyon*, l'*Amoco-Cadiz*³, la *Polycomander*, l'*Urquiola*, l'*Andros Patria*, l'*Aegean Sea*⁴ e l'*Haven*⁵, nonché, più di recente, l'*Erika* e la *Prestige*⁶. Ciò all'evidenza non significa che unica fonte di inquinamento marino sia quella da idrocarburi. Altre forme di inquinamento, come quelle causate da attività nucleari, da trasporto di sostanze pericolose, nonché da movimenti transfrontalieri di rifiuti, possono configurarsi con effetti anch'essi gravemente incidenti sull'ecosistema marino; così come possono essere fonte di danni alcune inaccettabili modalità di sfruttamento dei fondali⁷.

Trascurando, però, queste ulteriori cause di inquinamento e focalizzando l'attenzione sui danni derivanti dallo sversamento di idrocarburi in mare in seguito ad incidenti delle navi trasportatrici, va subito osservato che i rimedi adottati per arginarne gli effetti nocivi unitamente alle conseguenziali misure sanzionatorie da applicare ai soggetti responsabili, hanno trovato, nella fase attuativa, un percorso impervio, ricco di ostacoli non facilmente superabili.

Da un lato, infatti, la moltiplicazione di tali incidenti è stata determinata da fattori, per così dire, oggettivi, quali l'intensificarsi dei movimenti delle petroliere e delle rotte da esse affrontate; ed a ciò è da aggiungersi il sempre più intenso sfruttamento economico del trasporto marittimo⁸, che ha incentivato il fenomeno delle c.d. «bandiere ombra» ossia l'iscrizione delle navi nei registri di Stati compiacenti, nonché la naturale obsolescenza progressiva del-

² Per le eccezionali misure anti-inquinamento nel mare internazionale, v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 264.

³ Il primo dei due incidenti è accaduto lungo le coste del Regno Unito nel 1967, mentre il secondo ha avuto luogo nel 1978 vicino alla costa della Bretagna, in Francia, con sversamento in mare di enorme quantitativo di idrocarburi.

⁴ Incidenti, anch'essi di notevole gravità, verificatisi fra il 1970 ed il 1992.

⁵ Nel 1991 la petroliera *Haven* battente bandiera cipriota, in seguito ad un incendio, si inabissò al largo del porto di Arenzano presso Genova, portando con sé buona parte del suo carico petrolifero.

⁶ L'incidente dell'*Erika* si è verificato, nel 1999, a largo delle coste della Bretagna, mentre quello della *Prestige* è avvenuto circa tre anni dopo. Entrambe le navi, con un pesante carico di petrolio – come risultato dalle indagini espletate – erano mal tenute ed avevano, oltre a molti anni di navigazione, un equipaggio rivelatosi inidoneo.

⁷ V., in particolare, I. CARACCIOLO, *Il progetto di codice minerario e la responsabilità per danni all'ambiente marino*, in M. C. CICIRIELLO (a cura di), *L'impatto ambientale delle attività di esplorazione e sfruttamento dei fondali marini internazionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1995, p. 159.

⁸ V. le Introduzioni di G. QUADRI, in M. C. CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del mare Mediterraneo dall'inquinamento*, cit. *supra*, nota 1, in particolare, p. 13.

le flotte che ha enormemente accentuato il rischio di incidenti⁹.

Dall'altro, la connotazione dello stesso diritto internazionale volto ad operare con una disciplina giuridica uniforme in una comunità, caratterizzata da Stati sovrani portatori, talvolta, di interessi fortemente diversificati, ha comportato forme di resistenza delle compagnie petrolifere al rispetto di regole non sempre condivise¹⁰.

Né il diritto interno appare idoneo a superare questi inconvenienti. Esso, infatti, risente della intrinseca caratterizzazione della navigazione marittima, che, se si esclude quella di cabotaggio scarsamente significativa per il profilo che qui rileva, è portatrice di interessi essenzialmente internazionali, così come – ed a maggior ragione – è espressione di analoghi interessi il fenomeno dell'inquinamento marino che non rispetta i confini fra Stati¹¹.

1. Le iniziative comunitarie in materia di inquinamento marino a sostegno delle strategie internazionali

Risultano comprensibili, già da quanto esposto, le ragioni delle iniziative della Comunità europea in ambito di sicurezza del trasporto marittimo¹²: ventidue Stati membri su ventisette sono Stati costieri ed anche quelli privi di una propria flotta dipendono dal trasporto marittimo per le loro attività commerciali¹³; molti di questi Stati sono importatori di idrocarburi e, quindi, interessati non solo al buon esito del trasporto della materia da cui dipendono, ma anche alle conseguenze, sotto il profilo ambientale, della sua fuoriuscita dalle navi trasportatrici¹⁴.

⁹ In argomento, cfr. L. PASQUALI, *Protezione dell'ambiente marino e prevenzione contro l'inquinamento accidentale da idrocarburi: determinazione delle garanzie strutturali dei mezzi di trasporto*, in questa *Rivista*, 2008, p. 162.

¹⁰ Cfr. T. BOUACHBA, *Existe-t-il un "droit méditerranéen de l'environnement" comme droit spécifique ou autonome par rapport au droit international universel?*, in AA.VV., *Les zones protégées en Méditerranée: espaces, espèces et instruments d'application des conventions et protocoles de la Méditerranée*, Actes du colloque, Tunis, novembre 1993, Tunis, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, 1995, p. 237 ss.

Sui poteri d'intervento degli Stati a tutela dell'ambiente marino, v. P. PICONE, *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in V. STARACE (a cura di), *Diritto Internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 126 ss.

¹¹ Cfr. L. PASQUALI, *Protezione dell'ambiente marino*, cit. *supra*, nota 9.

¹² In ordine alle iniziative comunitarie nel settore marittimo, v. il 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.

¹³ Interessanti le notizie e le osservazioni espresse, in proposito, da G. RUSSO, in *Notiziario della Guardia Costiera*, 2008, n. 6.

¹⁴ Sulle problematiche relative all'inquinamento, segnatamente nel Mediterraneo, v., in particolare U. LEANZA, *Il regime giuridico internazionale del Mare Mediterraneo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 316 ss., e rispettivamente sotto le diverse angolazioni, G. CATALDI, *Brevi osservazioni su alcuni aspetti problematici della protezione del Mare Mediterraneo dall'inquinamento*, in M. C.

Una prima concreta impostazione di politica comune europea relativa alla sicurezza marittima si è espressa, tuttavia, solo con la Risoluzione del Consiglio dell'8 giugno 1993 «per una politica comune della sicurezza dei mari»¹⁵, seguita dall'adozione di una serie di atti normativi da parte delle istituzioni comunitarie¹⁶. Vero è che già negli anni Settanta l'attenzione alla protezione e tutela degli ecosistemi marini da parte della Comunità si era manifestata in occasione dell'incidente dell'*Amoco Cadiz* del 1978¹⁷, senza però che gli atti normativi adottati conseguentemente riuscissero a prevenire il verificarsi dei disastri successivi. Ma, come spesso accade, la genesi dei vari provvedimenti legislativi è spesso dettata dal verificarsi di sinistri più o meno gravi¹⁸; questo spiega perché sono stati necessari i summenzionati incidenti dell'*Erika* e della *Prestige* ad imprimere un impulso decisivo all'azione dell'UE in materia¹⁹.

È accaduto pertanto che in seguito all'incidente *Erika*, con una reazione pressoché immediata, furono proposti dalla Commissione, il 21 marzo 2000, e quindi adottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio, tre provvedimenti, universalmente conosciuti come «pacchetto Erika I»²⁰, volti a fornire maggiore sicurezza al trasporto marittimo petrolifero, rendendo più severi i criteri per il riconoscimento delle società di classificazione e quelli per l'esercizio del con-

CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del mare Mediterraneo dall'inquinamento*, cit. supra, nota 1, p. 111 ss.; L. SICO, *Profili di responsabilità da inquinamento nel Mar Mediterraneo*, ivi, p. 83 ss.

V., anche, U. VILLANI, *La protezione internazionale del Mare Mediterraneo contro l'inquinamento*, in *Studi marittimi*, 1981, p. 93 ss.; P. ZICCARDI, *Derivazione internazionale e comunitaria della normativa italiana degli scarichi in mare aperto*, in *Il diritto marittimo*, 1988, p. 478 ss.

¹⁵ Risoluzione del Consiglio per una politica comune sulla sicurezza dei mari, in *Guce* n. C 271 del 7 ottobre 1993, p. 1.

¹⁶ È sufficiente ricordare, tra le più rilevanti, le direttive n. 94/57 del 22 novembre 1994, n. 95/21 del 19 giugno 1995, n. 96/40 del 25 giugno 1996, n. 96/98 del 20 dicembre 1996, n. 97/70 del 11 dicembre 1997 nonché il Regolamento n. 2978/94 del 21 novembre 1994.

¹⁷ Su questa vicenda, anche in relazione ai risvolti economici, v. T. SCOVAZZI, *La sentenza sul risarcimento dei danni nel caso "Amoco Cadiz"*, in *Riv. giur. ambiente*, 1988, p. 141.

¹⁸ V., in proposito, V. BOU FRANCH, *Riflessioni sulle misure di prevenzione dell'inquinamento marino dopo l'incidente della Prestige*, in M. C. CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del mare Mediterraneo dall'inquinamento*, cit. supra, nota 1, p. 27 ss.

¹⁹ V., in particolare, le considerazioni di S. M. CARBONE, *La prevenzione dell'inquinamento marino tra regole di diritto internazionale e diritto comunitario*, in M. C. CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del mare Mediterraneo dall'inquinamento*, cit. supra, nota 1, p. 71 ss.

²⁰ La prima misura del pacchetto Erika I si è concretizzata nella direttiva n. 2001/105 del 19 dicembre 2001, in *Guce* n. L 19 del 22 gennaio 2002, p. 9, 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 marittime, in *Guce* n. L 319 del 12 dicembre 1994, p. 20. La seconda misura è rappresentata dalla direttiva n. 2001/106 del 19 dicembre 2001, in *Guce* n. L 19 del 22 gennaio 2002, p. 17 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 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 (c.d. controllo dello Stato di approdo), in *Guce* n. L 157 del 7 luglio 1995, p. 1. La terza misura infine, costituita dal Regolamento (Ce) n. 417/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 febbraio 2002, nel fissare norme in materia di doppio scafo, ha provveduto a disciplinare anche tempi e modi per la graduale dismissione dal servizio delle petroliere monoscafo, in *Guce* n. L 64 del 7 marzo 2002, p. 1.

trollo dello Stato di approdo.

Ad esso ha fatto seguito, il 6 dicembre 2000, la stesura di un secondo pacchetto di misure, noto come «pacchetto Erika II»²¹, con cui si impose, tra l'altro, agli Stati membri di procedere al monitoraggio del traffico marittimo e si istituì l'Agenzia Europea per la Sicurezza Marittima (EMSA)²², allo scopo di coadiuvare la Commissione nella preparazione di nuove proposte legislative.

Pur dopo l'incidente della *Prestige*, sul presupposto del buon fondamento delle misure proposte dalla Commissione con i due pacchetti *Erika*, gli organi comunitari si sono adoperati ad adottare provvedimenti intesi a responsabilizzare gli Stati membri, sia in quanto Stati di bandiera che in quanto Stati di approdo, obbligandoli nella duplice veste, a compiere ispezioni e controlli adeguati, nel quadro di indicazioni uniformi sulle garanzie strutturali dei mezzi di trasporto²³.

Sono stati successivamente adottati altri atti a carattere normativo, tra cui il terzo pacchetto sulla sicurezza marittima o terzo pacchetto *Erika*²⁴, comprendente provvedimenti legislativi concernenti ispezioni delle navi, controlli da parte dello Stato membro di approdo, sistema comunitario di monitoraggio passeggeri, copertura assicurativa stipulata dagli armatori ed il rispetto degli obblighi dello Stato di bandiera²⁵.

²¹ Il pacchetto Erika II è costituito invece da due soli provvedimenti: *a.* la direttiva n. 2002/59/Ce del 27 giugno 2002, in *Guce* n. L 208 del 5 agosto 2002, p. 10, con cui oltre a disporsi l'obbligo per gli Stati membri di munirsi di adeguate infrastrutture di monitoraggio del traffico marittimo, si sono dettate disposizioni concernenti l'investigazione dei sinistri marittimi; *b.* il Regolamento n. 1406/2002/Ce del 27 giugno 2002, istitutivo, della sopra richiamata Agenzia Europea per la Sicurezza Marittima.

²² In *Guce* n. L 208 del 5 agosto 2002, p. 1.

²³ In argomento, v., 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 ss.

²⁴ Di recente approvato dal Parlamento europeo, v. sul sito internet <http://www.euromerci.it>

²⁵ L'ordinamento comunitario attribuisce allo Stato membro obblighi ben precisi di ispezione, controllo e certificazione delle navi battenti la propria bandiera, in conformità, del resto, alle significative previsioni in tal senso del diritto internazionale, come emerge 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). La Convenzione LL 1966, con il suo protocollo di emendamento del 1988 e la Convenzione per la prevenzione dell'inquinamento derivante da navi, firmata a Londra nel 1973 con il successivo Protocollo MARPOL 73/78 (acronimo dall'inglese "Marine Pollution"), risultano pubblicati in G. RIGHETTI, *Codice della navigazione e relativi regolamenti*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 2373. Per un'analisi della Convenzione MARPOL cfr. anche D. ZAELEKE - D. HUNTER - J. SALZMAN, *International environmental law and policy*, New York, Foundation press, 1998, p. 731 ss. Va ricordato che nel 1977 la Comunità europea aderisce alla Convenzione per la protezione del Mare Mediterraneo dall'inquinamento, «Convenzione di Barcellona», v. decisione del Consiglio n. 77/585, in *Guce* n. L 240 del 19 settembre 1977, p. 1. V., inoltre, per quanto riguarda l'adesione alla Convenzione emendata nel 1995, decisione del Consiglio n. 99/802, in *Guce* n. L 322 del 14 dicembre 1999, p. 32. Si ricorda, ancora, in proposito, che la Comunità europea aderisce ai quattro Protocolli della Convenzione di Barcellona, incluso quello sulla collaborazione in materia di lotta contro l'inquinamento del Mare Mediterraneo provocato dagli idrocarburi, approvato con decisione del Consiglio n. 81/420, in *Guce* n. L 162 del 19 giugno 1981, p. 4. Nel 2002 il Protocollo di La Valletta, sulla cooperazione nella prevenzione dell'inquinamento da navi e nella lotta contro l'inquinamento del Mare Mediterraneo da idrocarburi e sostanze pericolose

Ma l'attenzione e l'interesse non solo da parte della Comunità internazionale, ma anche dell'UE, si è incentrata da tempo sulla struttura delle navi petroliere, alla cui debolezza e fatiscenza è da imputare gran parte dei sinistri marittimi.

Già in passato, l'IMO aveva predisposto la richiamata Convenzione e il relativo Protocollo (MARPOL 73/78)²⁶, ove si dava rilievo alla inadeguata struttura degli scafi quale causa rilevante d'inquinamento.

Il primo Stato a prendere una concreta iniziativa sul piano della normativa interna, tuttavia, «è stato, curiosamente, un Paese che non è certo solito contraddistinguersi per lo spirito ecologico»²⁷, e cioè gli Stati Uniti d'America. Questi ultimi, infatti, nella consapevolezza della insufficiente tutela della disciplina internazionale sull'inquinamento ad opera delle navi, comprovata dal disastro della *Exxon-Valdez* del 1989²⁸, con una legge nazionale, e cioè, l'*Oil Pollution Act* del 1990, nota come OPA 90, imposero alle petroliere di nuova costruzione l'obbligo del "doppio scafo", introducendo, per quelle, già operative, "monoscafo", munite, cioè, di una sola lamina di separazione fra il mare ed il petrolio trasportato, rigorosi limiti di età. Il divieto unilaterale per le petroliere monoscafo di navigare nelle acque statunitensi ha avuto, tuttavia, come conseguenza il concentrarsi dell'utilizzo delle stesse nel resto del mondo inclusa l'Europa ed il Mediterraneo. E così è accaduto che dopo l'incidente *Exxon-Valdez* la stessa petroliera, ridenominata *Mediterranean Star*, è stata destinata al trasporto di petrolio soltanto nel Mediterraneo sino al 2002, data

e nocive in caso di urgenza, ha sostituito il precedente Protocollo adottato a Barcellona nel 1976. Sullo sviluppo del c.d. sistema di Barcellona e sulla sua composizione v. U. LEANZA, *Il quadro giuridico di riferimento per la protezione del Mare Mediterraneo dall'inquinamento*, in M. C. CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del mare Mediterraneo dall'inquinamento*, cit. supra, nota 1, p. 21. Sulle convenzioni a difesa dell'ambiente, v., tra gli altri, F. CAPELLI, *Cooperazione internazionale in materia ecologica: convenzioni in difesa dell'ambiente cui hanno aderito le Comunità europee*, in A. POSTIGLIONE (a cura di), *Per un Tribunale internazionale dell'ambiente*, Atti del Convegno - Roma, 21-24 aprile 1989, Milano, Giuffrè, 1990, p. 373 ss. La Comunità è parte anche di altre Convenzioni internazionali regionali, v. G. FERRARO, *Le azioni della UE per combattere l'inquinamento marino e il caso della Erika*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, p. 869.

Anche l'ISM Code, o International Management Code for the Safe Operations of Ships and Pollution Prevention, adottato dall'assemblea dell'IMO (International Maritime Organization) nel 1993, imponendo all'armatore l'adozione di un sistema di gestione della sicurezza (safety management system), evidenzia un regime volto a collocare in primo piano i compiti dello Stato di bandiera in ordine alla verifica della rispondenza della nave battente la propria bandiera ai requisiti dello stesso ISM Code.

²⁶ Sulla Convenzione e il relativo Protocollo (MARPOL 73/78) v. supra, nota 24.

²⁷ La condivisibile osservazione è di L. PASQUALI, *Protezione dell'ambiente marino*, cit. supra, nota 9, p. 185.

²⁸ La *Exxon-Valdez*, superpetroliera di proprietà della Exxon Mobil, il 24 marzo del 1989 si incagliò in una scogliera dello stretto di Prince William, insenatura del Golfo di Alaska, disperdendo in mare oltre 38 milioni di litri di petrolio. I danni ambientali che ne conseguirono costrinsero il Governo degli Stati Uniti a rivedere i requisiti di sicurezza delle petroliere e ad assegnare i costi delle operazioni di pulizia della costa alle compagnie petrolifere. Conseguentemente, nel 1991, la Exxon Mobil fu condannata in sede civile e penale per oltre un miliardo di dollari, registrando il maggior risarcimento avutosi a causa di disastro industriale.

del suo definitivo smantellamento²⁹.

Le adottate cautele da parte della disciplina statunitense non potevano non avere conseguenze sul piano internazionale, tant'è che nel 1992 l'IMO, modificando la Convenzione MARPOL, introdusse disposizioni volte a privilegiare le petroliere dotate di doppio scafo.

Particolarmente significativa è stata la risposta comunitaria all'iniziativa americana, resa indispensabile dal pericolo che le petroliere bandite dagli USA per effetto dell'OPA 90 potessero trasferire le loro attività commerciali verso l'Europa³⁰.

Ciò spiega perché la gran parte della normativa comunitaria degli anni Novanta, caratterizzata da direttive e regolamenti, si è orientata, essenzialmente, a favorire l'applicazione delle regole definite in materia a livello internazionale, integrando al contempo la sua azione nei confronti del sistema convenzionale, anche attraverso l'adozione di strumenti risarcitori, volti ad affiancare e rafforzare le norme pattizie della *Civil Liability Convention for oil pollution damage* (CLC) e della *International Oil Pollution Compensation Fund Convention* (FC)³¹.

2. Critiche al sistema convenzionale e rinnovata azione dell'UE a tutela dell'ambiente marino

La rilevata necessità di rafforzamento del sistema della CLC e della FC risiedeva anche – come evidenziato dalla Commissione – in una duplice insufficienza del meccanismo risarcitorio in caso di danni ambientali previsto appunto dalle regole convenzionali.

L'esecutivo comunitario sottolineava, infatti, nella Comunicazione del 2000³² la necessità di apportare due modifiche al sistema convenzionale. Una prima, relativa all'aumento del massimale di indennizzo, una seconda relativa

²⁹ Cfr. V. BOU FRANCH, *Riflessioni sulle misure di prevenzione dell'inquinamento marino dopo l'incidente della Prestige*, cit. supra, nota 18, p. 40.

³⁰ Vanno rammentate, in proposito le Risoluzioni del Parlamento europeo, in *Guce* n. C 91 del 28 marzo 1994, p. 301 e del Consiglio, in *Guce* n. C 271 del 7 ottobre 1993, p. 1 su una politica comune sulla sicurezza dei mari.

³¹ I disastrosi, menzionati incidenti, avvenuti in acque europee, delle petroliere *Erika* e *Prestige*, hanno indotto la Commissione europea, a proporre, stante l'incapacità e l'insufficienza del regime degli accordi internazionali di cui gli Stati membri sono Parti contraenti, l'adozione di un fondo di indennizzo comunitario per il ristoro delle vittime per la fuoriuscita del petrolio dalle navi, volto ad affiancare, in particolare, il regime convenzionale della FC. Si è pervenuto, in tal modo, alla creazione del Fondo di indennizzo di terzo livello (che si aggiunge ai primi due livelli delle CLC e FC, strumenti convenzionali privilegiati per il risarcimento dei danni da inquinamento marino), con il quale è stato fissato un alto massimale in favore dei danneggiati degli Stati che hanno aderito al nuovo Protocollo (concluso nel 2003 ed entrato in vigore nel 2005).

³² Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio in materia di sicurezza marittima del trasporto di idrocarburi, in *Com*(2000)142.

all'ampliamento del novero dei soggetti responsabili. Inoltre, qualora il regime internazionale non fosse stato modificato, la Commissione si dichiarava pronta ad istituire un Fondo europeo per l'indennizzo dei danni prodotti dagli idrocarburi. Nella Comunicazione sul rafforzamento della sicurezza marittima la Commissione denunciava, infatti, le deficienze delle Convenzioni internazionali con riferimento al danno causato all'ambiente per il quale non era previsto alcun tipo di risarcimento³³.

Anche il Parlamento europeo interveniva³⁴ con numerose risoluzioni ed interrogazioni, sollecitando altresì a prevedere sanzioni dissuasive nei confronti degli armatori e noleggiatori che non avessero rispettato le norme sulla sicurezza.

Ed è in tale contesto che l'UE ha adottato strumenti risarcitori volti ad affiancare ed integrare la normativa convenzionale delle CLC e FC, ma senza alcuna pretesa sostitutiva³⁵.

Di particolare rilevanza è, sotto questo profilo, la direttiva n. 2005/35/Ce³⁶, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, diretta a coordinarsi con le disposizioni particolareggiate in materia penale della decisione-quadro n. 2005/667/GAI³⁷. Tale direttiva è stata da ultimo modificata dalla direttiva n. 2009/123/Ce³⁸, la quale prevede, tra l'altro, che a rispondere anche penalmente dei reati di inquinamento marino provocato dalle navi siano non solo le persone fisiche, ma pure quelle giuridiche, incluse le società di classificazione ed i proprietari del carico. La direttiva si propone specificamente di recepire nel diritto comunitario le norme internazionali in materia di inquinamento provocato dalle navi e di garantire che ai responsabili di scarichi di sostanze inquinanti, che dovranno risarcire i danni causati all'ambiente³⁹, siano comminate sanzioni adeguate, anche pena-

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul rafforzamento della sicurezza marittima in seguito al naufragio della petroliera *Prestige*, in Com(2002)681, punto II. 2.

³⁴ Dapprima, nelle sue risoluzioni il Parlamento ha sollecitato l'intervento della Commissione per contribuire a far luce sulle responsabilità degli incidenti, o per rafforzare i controlli sulle navi da parte degli Stati di approdo e degli Stati di bandiera. Si veda, ad esempio, la risoluzione sulla catastrofe marittima causata dalla *Sea Empress*, in *Guce* n. C 117 del 22 aprile 1996, p. 18; in seguito sottolineando la necessità di un risarcimento adeguato per le vittime con un aumento dei limiti di responsabilità, v. risoluzione del Parlamento europeo del 21 novembre 2002 sul disastro della *Prestige*.

³⁵ Ciò emerge chiaramente dall'accantonamento del progetto del Fondo comunitario di indennizzo, accessibile unicamente agli Stati UE.

³⁶ Pubblicata in *Gu-Ue* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 11 e recepita, in ambito nazionale, con dlgs n. 202 del 6 novembre 2007, in *Guri* n. 261 del 9 novembre 2007, *suppl. ord.*

³⁷ La decisione-quadro n. 2005/667/GAI, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, è pubblicata in *Gu-Ue* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 164.

³⁸ Direttiva n. 2009/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009, in *Gu-Ue* n. L 280 del 27 ottobre 2009, p. 52 ss. relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni, anche penali, per i reati di inquinamento.

³⁹ Conformemente alla direttiva n. 2009/123/Ce, gli scarichi da parte delle navi di sostanze inquinanti costituiscono reato qualora siano commessi «intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave» e qualora provochino un deterioramento della qualità dell'acqua; la conseguente

li, per favorire la sicurezza marittima e la protezione dell'ambiente marino. L'introduzione di adeguate sanzioni per i reati d'inquinamento e la maggiore severità delle direttive richiamate, rispetto alle disposizioni vigenti nel diritto internazionale⁴⁰, mettono in luce la strategia dell'UE a far ricorso al diritto penale al fine di un'effettiva protezione ambientale⁴¹. L'adozione di norme comuni in materia di sanzioni penali comporta la possibilità di ricorrere ad una più efficace cooperazione a livello nazionale e tra Stati membri. La direttiva n. 2009/123/Ce, che dovrà essere recepita entro e non oltre il 16 novembre 2010, si limita, tuttavia, ad indicare il carattere proprio della sanzione, che deve essere «efficace, proporzionata e dissuasiva», lasciando agli Stati membri ampia discrezionalità in ordine alla determinazione dell'entità della sanzione stessa.

3. Efficacia riflessa del diritto comunitario sul diritto penale: erosione dei poteri statali?

La strategia appena accennata, da parte dell'UE, di ricorrere al diritto penale per il perseguimento dei propri fini in materia ambientale, pone sul tappeto una problematica di non facile soluzione, alla quale, in questa sede, non può che farsi qualche breve riferimento.

Invero, l'accresciuto scenario comunitario, che da una dimensione marcatamente mercantilistica ha posto, col passare del tempo, quale nucleo essenziale, la «persona» e i «diritti fondamentali» al centro del sistema, ha aperto il sipario a beni giuridici di valore sovranazionale, con conseguente pervasiva influenza del diritto UE sugli ordinamenti statali. Ne discende, nello specifico, l'esigenza di garantire beni giuridici ed interessi spiccatamente comunitari attraverso una protezione adeguata che si manifesta sotto il profilo penalistico.

Se tuttavia, attualmente, si assiste ad un evidente processo di comunitarizzazione del diritto generale, che trascende gli interessi singoli e gli specifici ambiti normativi, è pur vero, che è altresì da negarsi l'esistenza di un diritto penale europeo, «ultimo naturale baluardo dell'attuale fenomeno di destatuazione del diritto»⁴².

competenza giurisdizionale per gli illeciti penali – come si evince dal preambolo della direttiva – dovrebbe essere stabilita in base alle regole del diritto nazionale degli Stati membri e ai rispettivi obblighi derivanti dal diritto internazionale.

⁴⁰ Cfr. L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il "caso" dell'inquinamento provocato da navi*, Relazione al convegno SIDI, Alghero, 16-17 giugno 2006.

⁴¹ V., al riguardo, decisione-quadro n. 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, in *Gu-Ue* n. L 29 del 5 febbraio 2003, p. 55, annullata, tuttavia, dalla Corte di giustizia (v., sul punto, il par. 5) con sentenza del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7879 ss.

⁴² Cfr. A. BERNARDI, *"Europeizzazione" del diritto penale commerciale?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 2 ss.

La predisposizione di un nucleo minimo di regole penali comuni, onde evitare sostanziali interferenze tra diritto penale e diritto comunitario basate su tecniche di tutela di "rinvio" del diritto comunitario ai vari sistemi penali nazionali, alla luce delle dovute garanzie di democraticità, costituirebbe un passo in avanti senza scalfire la cornice del principio di legalità⁴³.

Il Trattato di Lisbona⁴⁴, firmato nel 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, si proietta proprio in questa direzione. Il "crollo" dei tre pilastri con il correlativo superamento della distinzione tra metodo comunitario e metodo intergovernativo, riconduce (art. 2, punto 63 del Trattato di riforma), in particolare, tutta la materia relativa al terzo pilastro, disciplinata dal TUE (Titolo VI, artt. 29-42) nel Trattato sul funzionamento dell'Unione, in cui un nuovo Titolo IV (artt. 61-69 L), denominato «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (SLGS), sostituisce l'esistente Titolo IV (artt. 61-69) TCE, relativo a visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone. Questo spazio è, dunque, sottoposto al principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, conferendo alle norme penali un rilievo del tutto peculiare.

Tali previsioni, seppur non idonee a creare un sistema penale sovranazionale con potestà d'incriminazione diretta in seno alle istituzioni europee, consolidano, al contempo, un diritto penale dell'Unione (vale dire, un insieme di regole a contenuto penale), che, ex art. I-12, costituisce una competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri.

Si è in presenza di un nuovo modello normativo integrato e coordinato tra norme sovranazionali e norme statali, in cui si combina la tecnica dell'integrazione sovranazionale (impennata sul principio di *primauté* del diritto UE) e quella del coordinamento tra ordinamenti (che coniuga il principio di preminenza e quello di sussidiarietà), passibile sempre di ulteriori evoluzioni.

Perplessità desta la questione relativa alla configurabilità di una potestà comunitaria di obbligare gli Stati membri ad introdurre illeciti penali, precisando sanzioni in modo puntuale, in questo modo restringendo quelle forme di discrezionalità al riguardo, proprie degli Stati membri.

Una svolta fondamentale in tale contesto è fornita dall'orientamento della Corte di giustizia, nella pronuncia del 13 settembre 2005⁴⁵, che ha annullato – per sviamento di procedura – la decisione-quadro del Consiglio n. 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003, adottata ex artt. 29, 31 lett. e. e 34, n. 2 lett. b. del TUE, per realizzare attraverso gli strumenti della cooperazione di polizia e giudizia-

⁴³ Sulla portata del principio di legalità nell'ambito del sistema UE, v., in part., A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in questa Rivista, 2008, p. 1 ss.

⁴⁴ Sul Trattato di Lisbona, v. M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di "decostituzionalizzazione"*, in questa Rivista, 2008, p. 205 ss.

⁴⁵ Sentenza del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 41.

ria in materia penale un'adeguata repressione dei reati contro l'ambiente. La Corte è giunta a questa soluzione sulla considerazione che la decisione-quadro non fosse lo strumento giuridico idoneo attraverso cui obbligare gli Stati membri ad introdurre sanzioni penali a livello nazionale in caso di reati ambientali, potere, quest'ultimo, spettante specificamente in materia ambientale alle istituzioni comunitarie, volte ad armonizzare le disposizioni sanzionatorie nazionali allorché ciò si riveli necessario per garantire l'effettività del diritto comunitario.

Ma sull'interpretazione e sulla portata della pronuncia non vi è unanimità di vedute. Seguendo un'interpretazione estensiva si tratterebbe di una sentenza di principio, che va al di là della normativa ambientale, con la conseguenza che sarebbe sempre possibile prevedere misure penali onde garantire la piena effettività di una politica comunitaria ovvero di una delle libertà fondamentali⁴⁶.

Quanto alla questione della possibilità, da parte dell'UE, di creare in capo agli Stati membri obblighi inerenti all'entità della sanzione penale, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge un atteggiamento di prudenza. In particolare, nella sentenza del 23 ottobre 2007⁴⁷, sulla repressione dell'inquinamento provocato da navi, la Corte ha annullato la decisione quadro n. 2005/667/GAI⁴⁸, per aver sconfinato nelle competenze in materia di trasporti di cui all'art. 80 CE. Nell'occasione ha riconosciuto la «competenza comunitaria» ad obbligare gli Stati membri ad adottare sanzioni penali volte a garantire la piena efficacia delle regole sulla sicurezza marittima, ritenendo, al contrario, di «competenza degli Stati membri», la determinazione del tipo e della misura delle sanzioni penali applicabili, affermando che tali elementi spettano alla competenza statale. Ed è in questa prospettiva che la recentissima direttiva n. 2009/123/Ce dovrebbe colmare il vuoto normativo conseguente alla appena richiamata sentenza della Corte di Lussemburgo.

4. Responsabilità da rifiuto inquinante e giurisprudenza comunitaria: applicazione del principio «chi inquina paga»

Le considerazioni fin qui effettuate hanno messo in evidenza come il problema dell'inquinamento accidentale da idrocarburi pur materializzandosi

⁴⁶ In questo senso sembra l'orientamento della Commissione nella Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, sulle conseguenze della sentenza, del 23 novembre 2005, Com(2005)583 def./2. Un'interpretazione più restrittiva è stata, invece, sostenuta dal Consiglio informale GAI di Vienna del gennaio 2006.

⁴⁷ Sentenza del 23 ottobre 2007 in causa n. C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9097 ss.

⁴⁸ La decisione quadro del Consiglio del 12 luglio n. 2005/667/GAI, in materia di inquinamento provocato da navi, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu, completando la direttiva n. 2005/35/Ce con misure di diritto penale, era intesa, infatti, a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento marino provocato dalle navi.

in fenomeni fattuali, che suggeriscono soluzioni strettamente tecniche, trovi collocazione in un contesto giuridico, che, per quanto funzionalmente volto ad arginarli, risulta non sempre chiaro e di univoca interpretazione⁴⁹.

Un significativo esempio è costituito dalla difficoltà di elaborare la stessa nozione di «rifiuto inquinante», oltre alla incertezza di individuare il soggetto o i soggetti responsabili dell'inquinamento⁵⁰, al punto da indurre la *Court de cassation* francese ad interpellare in via pregiudiziale, ex art. 234 CE, la Corte di giustizia⁵¹ in ordine alla determinazione di detta nozione ed all'accertamento di colui o coloro cui imputare la responsabilità risarcitoria, sulla scorta della «direttiva rifiuti»⁵².

La domanda pregiudiziale, articolata in tre quesiti, interviene nell'ambito di una controversia che vede contrapporsi il Comune di Mesquer alla *Total France SA* e alla *Total International Ltd*, relativamente al risarcimento dei danni causati dai rifiuti sversati accidentalmente sul territorio del menzionato Comune in seguito al più volte richiamato naufragio della petroliera *Erika*.

La risposta della Corte comunitaria trova i suoi punti di ancoraggio in precedenti decisioni⁵³ ed in una disciplina di non agevole interpretazione⁵⁴, sulla quale intende fare chiarezza.

La sentenza tiene in proposito a rimarcare che, a determinate condizioni, l'olio pesante venduto come combustibile non costituisce un rifiuto ai sensi della direttiva n. 75/442/Cee, ma che è da considerarsi tale ove, sversato, in

⁴⁹ Sullo scottante tema del regime della responsabilità per i danni da inquinamento provocato dalla fuoriuscita di idrocarburi dalle navi, come configurato dalle convenzioni internazionali, v. l'ampia trattazione di S. POLI, *La responsabilità per danni da inquinamento transfrontaliero nel diritto comunitario e internazionale*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare pp. 103-143, ed ancora, con riferimento ai risvolti comunitari sul medesimo tema, v. la stessa opera, p. 167 ss.

⁵⁰ In argomento, v. P. IVALDI, *Inquinamento marino e regole internazionali di responsabilità*, Padova, Cedam, 1996, p. 159; v., inoltre, A. VIALARD, *Faut-il réformer le régime d'indemnisation des dommages de pollution par hydrocarbures*, DMF, 2003, p. 435.

⁵¹ Sentenza del 24 giugno 2008 (Grande Sezione) in causa n. C-188/07, *Commune de Mesquer*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 4501 ss. Per un commento alla pronuncia, v. F. GIOVAGNOLI, *Applicazione del principio "chi inquina paga". L'onere finanziario dello smaltimento dei rifiuti causati dal naufragio di una petroliera*, in *Rass. Avv. Stato*, Roma, 2008, n. 4, p. 96 ss.

⁵² La domanda pregiudiziale ex art. 234 CE rivolta alla Corte di giustizia verte, in particolare, sull'interpretazione degli artt. 1 e 15 della direttiva del Consiglio del 15 luglio 1975, n. 75/442/Cee (e sull'allegato I della stessa), relativa alla raccolta, eliminazione, riciclaggio e trasformazione dei rifiuti, in *Guce* n. L 194 del 1975, come modificata dalla decisione della Commissione del 24 maggio 1996 n. 96/350/Ce, in *Guce* n. L 135; e dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2006 n. 2006/12/Ce, in *Gu-Ue* n. L 114 del 2006. Quest'ultima, tuttavia, volta a codificare, a fini di chiarezza e razionalizzazione, la precedente direttiva n. 75/442, – si precisa – è esclusa dall'applicazione nel caso in esame, in quanto adottata solo successivamente al verificarsi dei fatti di cui alla causa principale.

⁵³ In particolare, tra le altre, sentenza del 18 aprile 2002, *Palin Granit e Vehmassalon kansanterveysyön kuntayhtymän hallitus*, in causa n. C-9/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3533; sentenza del 15 giugno 2000 in cause riunite n. C-418/97 e n. C-419/97, *ARCO Chemie Nederland e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4475.

⁵⁴ Non a caso la decisione n. 1600/2002/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, «VI Programma d'azione ambientale europea», in *Guce* n. C 242 del 2002, enuncia all'art. 8, n. 2 IV, tra le priorità del programma, la rielaborazione o la revisione della normativa sui rifiuti.

seguito a naufragio, accidentalmente in mare, miscelato ad acqua nonché a sedimenti e che vada alla deriva lungo le coste di uno Stato membro fino a raggiungere queste ultime, non possa più essere sfruttato o commercializzato a condizioni economicamente vantaggiose ed essere effettivamente utilizzato senza necessità di preliminari operazioni di trasformazione.

Più complessa appare la soluzione riguardante la responsabilità civile per i danni dovuti ad inquinamento da idrocarburi.

Il ragionamento della Corte ha come primario riferimento l'art. 15 della direttiva n. 75/442, che in tema di identificazione del responsabile e del conseguente addebito dei costi di smaltimento e bonifica dei rifiuti generali dispone che, in conformità al principio «chi inquina paga», tale costo debba essere sostenuto dal detentore che consegna rifiuti ad un raccoglitore o ad un'impresa di cui all'art. 9 oppure dai precedenti detentori⁵⁵ o dal produttore⁵⁶ causa dei rifiuti.

Significativo precedente è rappresentato dalla sentenza *Van de Walle*⁵⁷, in cui il gestore della stazione di servizio, ove era avvenuta una fuoriuscita accidentale di idrocarburi, venne qualificato come detentore, in quanto produttore e possessore. Anche con riferimento al caso in esame, la Corte ha ritenuto doversi assimilare la figura del proprietario (che trasporta gli idrocarburi prima dello sversamento), a colui che li ha prodotti e quindi come detentore ai sensi della direttiva⁵⁸. Infatti, il Giudice di Lussemburgo – chiarito il significato della locuzione «detentore» – statuisce che coloro i quali hanno venduto la merce al destinatario e hanno noleggiato la nave, in qualità di detentori precedenti o di produttori del materiale all'origine dei rifiuti, possono essere tenuti a sopportare i costi dello smaltimento del rifiuto prodotto «a motivo del loro contributo alla produzione dei rifiuti in parola e, eventualmente, al rischio di inquinamento che risulta», demandando al giudice nazionale le valutazioni caso per caso sul comportamento dei soggetti indicati e l'accertamento della loro responsabilità. La Corte comunitaria perviene, dunque, solo in via subordinata, al riconoscimento della responsabilità del produttore, che ha generato i rifiuti diffusi accidentalmente in mare, con il conseguente addebito a

⁵⁵ L'art. 188, comma 1 del dlgs n. 152/2006 statuisce che «Gli oneri relativi alle attività di smaltimento sono a carico del detentore che consegna i rifiuti ad un raccoglitore autorizzato o ad un soggetto che effettua le operazioni di smaltimento, nonché dei precedenti detentori o del produttore dei rifiuti».

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 1 della direttiva è detentore «il produttore di rifiuti o la persona fisica o giuridica che li detiene», mentre il produttore è «la persona la cui attività ha prodotto rifiuti e/o la persona che ha effettuato operazioni di pretrattamento, di miscuglio o altre operazioni che hanno mutato la natura o la composizione di detti rifiuti».

⁵⁷ Sentenza del 7 settembre 2004 in causa n. C-1/03, in *Raccolta*, 2004, I, p. 7613 ss.

⁵⁸ L'art. 8 della direttiva n. 75/442 dispone, infatti, che «gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie affinché ogni detentore di rifiuti: li consegni ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato II A o B, oppure provveda egli stesso al recupero o allo smaltimento, conformandosi alle disposizioni della presente direttiva».

quest'ultimo dell'onere finanziario relativo allo smaltimento. In proposito, la Corte tiene a puntualizzare che «per quanto riguarda idrocarburi accidentalmente sversati in mare a seguito del naufragio di una petroliera, il giudice nazionale può considerare che colui che ha venduto tali idrocarburi e noleggiato la nave che li ha trasportati ha "prodotto rifiuti" se tale giudice, alla luce degli elementi la cui valutazione è di sua esclusiva competenza, giunge alla conclusione che tale venditore-noleggiatore ha contribuito al rischio che si verificasse l'inquinamento determinato da tale naufragio, in particolare se si è astenuto dall'adottare provvedimenti diretti a prevenire un tale evento, come quelli relativi alla scelta della nave. In siffatte circostanze, il venditore-noleggiatore potrà essere qualificato come precedente detentore dei rifiuti ai fini dell'applicazione dell'art. 15, secondo trattino, prima parte, della direttiva n. 75/442».

In questa prospettiva, dunque, la responsabilità del produttore viene sancita conformemente al principio «chi inquina paga»⁵⁹ solo se lo stesso, «mediante la sua attività, ha contribuito al rischio che si verificasse l'inquinamento prodotto dal naufragio della nave», e con due ordini di limiti. Il produttore sarà gravato dell'onere finanziario solo nel caso in cui i costi dello smaltimento dei rifiuti conseguenti allo sversamento accidentale di idrocarburi in mare non siano oggetto di accollo da parte del Fondo internazionale per il risarcimento dei danni dovuti, appunto, a inquinamento da idrocarburi, o non possano esserlo a motivo dell'esaurimento del limite massimo del risarcimento previsto per tale sinistro e se, in applicazione dei limiti e/o delle esclusioni di responsabilità vigenti, il diritto nazionale di uno Stato membro, compreso quello derivante da convenzioni internazionali, impedisca che tali costi siano sostenuti dal proprietario della nave e/o dal noleggiatore di quest'ultima, sebbene tali soggetti debbano essere qualificati come «detentori» ai sensi dell'art. 1, lett. c., della direttiva n. 75/442, come modificata dalla decisione n. 96/350.

5. Conclusioni

La Corte di giustizia nel rispondere alle questioni interpretative sottoposte al suo esame ex art. 234 CE, offre, dunque, degli spunti rilevanti per la risoluzione di peculiari aspetti inerenti all'attuale problema dell'inquinamento marino, consolidando al contempo lo specifico ruolo degli Stati membri e dei

⁵⁹ V. art. 178, comma 3, dlgs n. 152/2006, nel quale oltre all'enucleazione dei principi cardine nazionali e comunitari da adottare per la gestione dei rifiuti, c'è un riferimento esplicito al principio «chi inquina paga». Per un approfondimento del principio sul versante internazionale e comunitario v., rispettivamente, F. M. PALOMBINO, *Osservatorio Internazionale – Il significato del principio "chi inquina paga" nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, p. 871 ss. e V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, p. 819 ss.

giudici nazionali nell'applicazione della disciplina comunitaria in materia ambientale.

La pronuncia riporta implicitamente al criterio della responsabilità dello Stato considerato nella sua unità, e, più propriamente nell'ambito dell'esercizio della funzione legislativa, amministrativa e giurisdizionale, richiamando, per tal via, rispettivamente, i compiti del legislatore, in ordine al recepimento delle direttive comunitarie e quelli del giudice, in ordine all'interpretazione e applicazione del diritto nazionale, al fine di conseguire il risultato prescritto dalla direttiva alla luce della lettera e dello scopo della norma stessa, conformandosi al dettato di cui all'art. 249, 3 comma, CE, tutto ciò sempre in un'ottica di leale collaborazione ex art. 10 CE⁶⁰.

Spetterà, pertanto, al giudice nazionale – giudice naturale del diritto comunitario⁶¹ – ogni valutazione sull'addebitabilità, al fabbricante del prodotto, dell'onere finanziario connesso allo smaltimento dei rifiuti, nel caso in cui, – come precedentemente affermato – mediante la sua attività, egli abbia contribuito al rischio dell'avvenuto inquinamento causato dal naufragio della nave.

Ma ciò che si vuole soprattutto sottolineare al termine di queste brevi riflessioni è la indiscutibile utilità della legislazione europea in materia. In primo luogo essa ha consentito ai Paesi dell'Unione, molti dei quali diversi tra loro per esigenze, tradizioni e cultura, di procedere su una medesima linea politica nei riguardi della sicurezza marittima, garantendo il serio perseguimento di obiettivi prestabiliti. Ha poi consentito l'obbligatoria implementazione, da parte degli Stati membri, di alcuni strumenti legislativi internazionali che stentavano, ed ancora stentano, a raggiungere il sufficiente numero di ratifiche oppure ha reso più severo il contenuto di numerose norme adottate dall'IMO, ponendo una positiva pressione sull'Organismo internazionale ed accelerandone, in tal modo, l'azione nonostante la nota mancanza di coercizione sui propri Stati membri.

⁶⁰ La Corte di giustizia, mediante la sua copiosa giurisprudenza – v., *ex plurimis*, *Marleasing*, sentenza del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135, punto 8; *Wagner Miret*, sentenza del 16 dicembre 1993 in causa n. C-334/92, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6911; *Faccini Dori*, sentenza del 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325; *Océano Grupo Editorial*, sentenza del 27 giugno 2000 in cause riunite da n. C-240/98 a n. C-244/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941; *Pfeiffer*, sentenza del 5 ottobre 2004 in cause riunite da n. C-397/01 a n. C-403/01, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8835; *Traghetti del Mediterraneo Spa c. Italia*, sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177; *Adeneler e a.*, sentenza del 4 luglio 2006 in causa n. C-212/04, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6057 – sancisce che il principio di interpretazione conforme al diritto comunitario deve essere osservato dallo Stato nella sua unità. Per la Corte comunitaria, infatti, l'obbligo di uno Stato membro, ai sensi degli artt. 10, comma 2, e 249, comma 3, CE, ricade nondimeno sui giudici nazionali, i quali hanno l'obbligo di prendere in considerazione il diritto interno nella sua interezza, applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi, pervenendo ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima, v. in part. *Adeneler*, *loc. cit.*, punto 111.

⁶¹ Cfr. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2008, p. 303.

Lo sforzo dell'UE è, dunque, stato e continua ad essere quello di determinare un costante bilanciamento e contemperamento di interessi in settori (come questi) incidenti su valori fondamentali, al fine di adottare una politica legislativa rispondente al continuo *fieri* di ambiente e industrializzazione. Settori, questi ultimi – come in precedenza notato –, spesso confliggenti ma che, al contempo, non possono che trovare il loro *habitat* ideale nella coscienza comune universale.

Le più recenti direttive muovono tutte in questa direzione⁶² e così pure il recentissimo Regolamento (Ce) n. 401/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 istitutivo dell'Agenzia europea per l'ambiente, preordinata ad attuare una rete europea d'informazione e di osservazione in materia ambientale. Ed in questo senso è la Comunicazione della Commissione del settembre 2009⁶³ che, in vista di una politica marittima integrata per una migliore *governance* nel Mediterraneo, è orientata altresì a favorire forme di cooperazione fra le autorità nazionali degli Stati membri mediterranei stabilendo una serie di principi volti a regolare e potenziare la sorveglianza marittima integrata nell'UE.

Certo è che ormai, nonostante le perduranti difficoltà a sciogliere gli innumerevoli nodi che in materia si presentano quotidianamente, l'alto livello di generalizzata consapevolezza raggiunto mette al riparo da ogni discussione il convincimento che – per dirla con il punto 3 del preambolo della direttiva n. 2008/56/Ce – «l'ambiente marino costituisce un patrimonio prezioso che deve essere protetto, salvaguardato e, ove possibile, ripristinato al fine ultimo di mantenere la biodiversità e preservare la diversità e la vitalità di mari ed oceani che siano puliti, sani e produttivi», sì da giustificare l'istituzione di un vero e proprio «pilastro ambientale della futura politica marittima dell'Unione europea».

Maria Teresa Stile**

⁶² Cfr. direttiva n. 2009/123/Ce, *cit. supra*, nota 38, modificativa della direttiva n. 2005/35/Ce; direttiva n. 2008/99/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, con la quale la Comunità obbliga gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente; direttiva n. 2008/56/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino -direttiva quadro - Sulla strategia per l'ambiente marino, in *Gu-Ue* n. L 164 del 25 giugno 2008. L'obiettivo finale della direttiva si sostanzia nel raggiungimento di un buono stato ecologico dell'ambiente marino europeo entro il 2020.

⁶³ Com(2009)0466 della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo dell'11 settembre 2009, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

** Membro della Commissione di diritto comunitario e internazionale / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli; dottore di ricerca in Diritto della Concorrenza e del Mercato nell'UE e assegnista di ricerca / Università degli Studi di Napoli Federico II.

RECENSIONI

AA.VV., *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. IX-1919, vol. I-III, € 220,00

Il 24 ottobre 2008, al Centro Congressi Villa Mondragone dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", sia il mondo accademico sia quello istituzionale hanno reso omaggio alla figura dell'insigne giurista ed illustre internazionalista, Umberto Leanza, in occasione della presentazione degli Studi qui recensiti. Un *panel* composto da studiosi, estimatori, colleghi ed allievi si è riunito ripercorrendo e riassumendo nel corso di una mattinata l'intensa vita accademica e professionale della personalità poliedrica di un "giurista delle istituzioni" nell'esercizio di quella che può definirsi una "missione pubblica" svolta nello Stato e per lo Stato, soprattutto nella sua proiezione esterna o internazionale. Costituiscono testimonianza gli oltre cento contributi pervenuti ad opera di giuristi, sia italiani, sia stranieri, come apporto alla realizzazione degli *Scritti* e come attestato di stima per il Destinatario. Tali contributi, infatti, raccolti in tre volumi in relazione alla tipologia dell'argomento trattato (Vol. I, *Diritto Internazionale Pubblico e delle Organizzazioni Internazionali*, Vol. II, *Diritto dell'Unione europea e Diritto Internazionale Privato* e Vol. III, *Diritto Internazionale del Mare, Diritto della Navigazione e dei Trasporti*), ricalcano l'ampiezza dell'opera di Umberto Leanza, della quale costituiscono conferma i prestigiosi incarichi ricoperti e le numerose produzioni scientifiche in volumi, articoli, saggi, voci e commenti, desumibili dalla biografia e bibliografia poste in apertura del Volume I (pp. XXXIX-XLVIII). Gli *Scritti* vantano, inoltre, la presentazione di *Maria Clelia Ciciriello* promotrice dell'iniziativa (p. XV), la prefazione di *Pasquale Paone*, Presidente del Comitato Scientifico (pp. XVII-XVIII) e l'atto di adesione agli Studi da parte della Facoltà di Giurisprudenza

dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" (p. XIX), rappresentata nella sede di Villa Mondragone dalle sue massime autorità accademiche, oltre ad un elenco di istituzioni, intervenute a sostegno della loro realizzazione, a riprova dell'impegno profuso da Umberto Leanza nella doppia veste di studioso del diritto internazionale e di giurista dell'Amministrazione.

La sistematica dell'opera è consapevolmente costruita sugli interessi scientifici dello Studioso "omaggiato". Questi ultimi, suddivisi tra le tematiche classiche di Diritto internazionale pubblico (Vol. I), quelle sulle evoluzioni dell'ordinamento comunitario-unionistico e del sistema convenzionale CEDU, oltre che del Diritto internazionale privato (Vol. II), ricomprendono anche la sua grande "passione" per il Diritto internazionale del mare e della navigazione (Vol. III), giustificata dagli incarichi istituzionali rivestiti nell'Accademia, prima come docente di diritto della Navigazione presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina, poi come Preside della Facoltà di Economia marittima a Napoli presso l'Istituto universitario navale, ove ha ricoperto successivamente anche l'incarico di Rettore. Corre l'obbligo di ricordare che Umberto Leanza è stato Capo del Servizio del contenzioso diplomatico e dei trattati del Ministero degli Affari Esteri (1995-2003) nonché, dal 2003, consulente del medesimo Ministero per le questioni relative al Diritto internazionale del mare. In questo senso, i singoli contributi, quali "sistemati" nell'opera, risentono o meglio sapientemente rispondono alla logica dell'ulteriore vocazione di Umberto Leanza quale "pratico e diplomatico" del diritto, sia come pronto risolutore di contenziosi, sia come tenace negoziatore e capo delle delegazioni incaricate di rappresentare ed impegnare lo Stato italiano nei vari fori internazionali, nonché come agente del nostro Governo innanzi alle Alte Corti internazionali – europee e comunitarie – in casi di notoria fama. Il tutto costellato, inoltre, da riconoscimenti di grande prestigio.

Ciò premesso, i tre volumi qui recensiti si richiamano vicendevolmente in una lettura logico-sistematica che risale fino ai fondamenti del Diritto internazionale classico, del Diritto internazionale generale e particolare, del diritto delle relazioni internazionali istituzionalizzate od organizzate compreso l'ancor più classico tema del diritto del mare, della navigazione e dei trasporti. Tuttavia, secondo un'impronta che combina, per così dire, "*ius vetus*" e "*ius novum*", in quanto istituti tradizionali vengono analizzati alla luce dell'ordinamento e della Comunità internazionale contemporanei. Ne fuoriesce, pertanto, una prospettiva generale dell'opera allo stesso tempo "ordinamentale" e "comunitarista". Nel primo senso, perché i contributi risultano razionalmente inquadrati nei diversi livelli normativi (internazionale, comunitario, europeo, statale). Nel secondo senso, perché gli stessi sono "calati" a pieno nelle nuove tendenze del diritto e della Comunità internazionale nella ricerca di soluzioni comuni a problemi c.d. globali (tutela dell'ambiente e delle generazioni future, diversità culturali, interventi umanitari e protezione della popolazione civile, crimini informatici, lotta al terrorismo internazionale, traffico via mare

di clandestini, ecc.). Di tutto ciò grande merito spetta al sapiente lavoro dei due Comitati, Scientifico e di Redazione, composti da illustri giuristi e studiosi, impegnati nel non sempre facile compito della sistematica dell'opera a fronte di una forte specializzazione di alcune tematiche trattate.

Complessivamente valutata, l'opera corrisponde ad una visione omnicomprensiva del diritto internazionale secondo la tradizione accademica italiana riconducibile ai suoi settori ed alle sue componenti essenziali ed ineliminabili. In tal senso, è da salutare con favore tale ritorno alle tradizioni classiche della Scuola romana, anche quella di nuovo insediamento dell'Università di Roma "Tor Vergata" della quale il Destinatario della presente opera è stato benemerito fondatore. L'opera risponde, altresì, alle esigenze della prassi e della pratica applicazione del diritto intese in senso ampio e non limitate alla sola attuazione ascrivibile all'operato dei giudici interni ed al loro ruolo di accertamento della portata della normativa internazionale nelle controversie tra privati. Non poteva mancare una forte presenza di contributi europei in senso lato, in modo particolare dopo il primo decennio di questo secolo del c.d. diritto costituzionale europeo. In fondo ne emerge una forte rivalutazione ed orgogliosa affermazione del ruolo del giurista internazionale come esponente di un "ceto" indispensabile per la difesa degli interessi dello Stato contemporaneo. Per tali ragioni bisogna augurarsi che la presente opera collettanea abbia la più ampia diffusione e serva alle ragioni della teoria e della pratica della vita giuridica internazionale del nostro Stato.

Teresa Russo*

Patrizia Nanz, *Europolis. Un'idea controcorrente di integrazione politica*, Milano, Feltrinelli, 2009, pp. 266, € 25,00

L'interessante scritto di Patrizia Nanz ha il particolare valore di indicare una terza via ai fini del processo di integrazione europea. L'autrice infatti si confronta con le due posizioni, apparentemente inconciliabili, più diffuse nel dibattito contemporaneo circa il *deficit* di legittimità di un'istituzione "sovranazionale" come l'UE. L'obiettivo di questo testo è infatti quello di proporre un'alternativa sia allo scetticismo della prospettiva del liberalismo economico – per la quale una democrazia costituzionale europea non è né possibile né necessaria – sia alla convinzione dei «teorici del *demos*» – i quali sostengono la necessità di una costituzione europea, benché ritengano che la sua realizzazione sia impossibile.

Entrambe le posizioni, infatti, individuano come ostacolo maggiore alla formazione di una democrazia costituzionale europea l'assenza di una sfera

* Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

pubblica comune ai diversi Stati europei e l'enorme difficoltà, se non l'impossibilità, di crearne una. La sfera dell'opinione pubblica, infatti, si riconduce alla tradizionale prospettiva teorica legata alla politica dello Stato-nazione, una delle più importanti fonti di legittimazione del potere.

Patrizia Nanz trascende questa dicotomia sostenendo che non dobbiamo interessarci della formazione di una sfera pubblica così come essa è sempre stata intesa nella prospettiva dello Stato-nazione. Auspicabile sarebbe invece assumere l'idea che il costituzionalismo europeo è possibile solo se si intendono i cittadini stessi come continui interpreti costituzionali. Ciò significa che la sfera pubblica europea deve essere intesa come una molteplicità di dialoghi civici continui e simultanei, i quali consistono nell'esplorazione delle differenze e nella loro valorizzazione.

L'Autrice pone al centro della questione della legittimità il dialogo costituzionale tra i cittadini, e quindi un esercizio transnazionale (e non postnazionale) della cittadinanza, come unica possibilità per una democrazia deliberativa. A questo proposito è interessante notare come la questione della deliberazione vada oltre i problemi di procedura e di scienza politica poiché si posiziona nello spazio della filosofia. Secondo la Nanz infatti il problema della deliberazione è un problema di teoria della traduzione applicata alla politica. L'idea è quella di un processo continuamente in atto di mutua chiarificazione dei diversi punti di vista e delle differenti motivazioni; una traduzione, cioè, delle proprie idee nel linguaggio concettuale dell'altro, ponendo se stessi in una posizione di apertura e di ascolto dell'altro. La proposta che emerge da questo studio va nel segno di un patriottismo costituzionale europeo *contestualizzato*, che si muove in un siffatto spazio di dialogo civico continuo, e che non necessita, perciò, di escludere "l'altro" per trovare un punto di stabilità. Questa teoria politica per una democrazia deliberativa transnazionale europea implica che i cittadini vengano messi in condizione, anche con degli incentivi, di partecipare all'esercizio della cittadinanza e del dialogo. Il patriottismo costituzionale contestualizzato, nella formulazione di Patrizia Nanz, non mira tanto alla costruzione di una specifica identità europea quanto, piuttosto, ad una autoconsapevolezza dei cittadini europei, la quale permetterebbe loro di individuare nella differenza dell'altro una ricchezza e non un pericolo.

L'Autrice ritiene che il modello proposto abbia già dato prove empiriche della sua possibilità di realizzazione nella realtà odierna: ella presenta infatti un insieme di interviste a persone che mostrano di avere diversi sistemi di appartenenza. Attraverso questo metodo empirico, la Nanz intende dimostrare che gli intervistati hanno già una comprensione di sé «*pastiche*» ed un'idea di cittadinanza multilivello. Ciò che emerge dall'analisi empirica presente in questo studio è che quel dialogo transnazionale, che pare essere l'unica possibilità per la costruzione di un dibattito pubblico, è già una realtà, poiché è attuato quotidianamente dai singoli cittadini europei. Quantomeno, dai singoli cittadini europei intervistati.

La mutua esplorazione della differenza deve essere posta al centro del discorso pubblico transnazionale – questo il messaggio forte del discorso della Nanz –, in modo che le pratiche della cittadinanza europea, ovvero la determinazione dei cittadini come i reali interpreti del costituzionalismo europeo, siano un'alternativa forte all'aridità di approcci solo economicistici, da una parte, e a nazionalismi e sentimenti xenofobi, dall'altra.

Fernanda Gallo**

** Dottoranda in Comunicazione Politica / Università della Svizzera Italiana di Lugano.

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*

MARINA CASTELLANETA, *Professore Associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Bari*

FERNANDA GALLO, *Dottoranda in Comunicazione Politica / Università della Svizzera Italiana di Lugano*

MIRIAM IMMEDIATO, *Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

FLAVIA ROLANDO, *Dottore in giurisprudenza, perfezionata in «Diritto comunitario: la tutela dei diritti» / Università degli Studi di Napoli Federico II*

NICOLA RUCCIA, *Dottore di ricerca in Diritto Internazionale e dell'Unione Europea / Cultore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Bari*

TERESA RUSSO, *Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

MARIA TERESA STILE, *Membro della Commissione di diritto comunitario e internazionale / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli; dottore di ricerca in Diritto della Concorrenza e del Mercato nell'UE e assegnista di ricerca / Università degli Studi di Napoli Federico II*

ANGELO VIGLIANISI FERRARO, *Ricercatore di Diritto Privato / Università "Mediterranea" di Reggio Calabria*

