



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

2004

Editoriale Scientifica



DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

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

INDICE 2004

ARTICOLI

- Armando Barani* - La revisione a medio termine della Pac nel regolamento n. 1782/2003 e sua attuazione in Italia: prosegue il processo di riforma tra allargamento e negoziati Wto Pag. 661
- Fausto Capelli* - Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia » 221
- Franco Ferrari* - Contrattazione via mezzi informatici e la Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili » 5
- Angelo Ferraro* - Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo » 443
- Fabio Gencarelli* - La Commissione "custode del Trattato": il controllo dell'applicazione del diritto comunitario negli Stati membri » 231

COMMENTI

- Fulvia Abbondante* - Il nuovo ordinamento regionale e le case da gioco Pag. 781
- Fabio Ambrosiani* - Le polizze *unit linked* tra libera prestazione di servizi e abuso di diritto comunitario » 147
- Alice Anselmo* - I transessuali hanno diritto di sposarsi ... e di ottenere la pensione di reversibilità » 719
- Fabio Buonomo* - La sentenza *Senator Lines* della Corte europea dei diritti dell'uomo tra suggestioni contenutistiche e peculiarità procedurali » 549
- Fausto Capelli* - L'utilizzo indebito di un nome geografico » 173
- Fausto Capelli* - Registrazione di denominazioni geografiche in base al regolamento n. 2081/92 e suoi effetti sui produttori che hanno utilizzato legittimamente nel passato denominazioni geografiche uguali o simili » 589
- Fausto Capelli* - L'accordo raggiunto dai 25 Stati membri sul testo della Costituzione europea rappresenta un grande successo » 609
- Fausto Capelli* - L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico » 755
- Fausto Capelli* - Riflessioni sul modo di gestire le Università » 828
- Anna Di Lieto* - Il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale » 117
- Valentina Di Milla* - La disciplina comunitaria per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra » 575
- Giuseppina Di Salvatore* - Impedimenti assoluti alla registrazione del marchio in una recente sentenza del Tribunale di primo grado » 705
- Giacomo Gattinara* - Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza *Kühne & Heitz* » 489
- Emilio Graziuso* - La Corte di cassazione a sezioni unite si pronuncia in materia di foro esclusivo del consumatore. Il "domicilio elettivo" del consumatore: un "equivoco" ancora irrisolto » 83

| | |
|---|----------|
| <i>Salvatore Guzzi</i> - La tutela dei terzi nella procedura per il controllo degli aiuti di Stato nel regolamento n. 659/1999/Ce | Pag. 795 |
| <i>Barbara Klaus</i> - Il <i>Bundesverfassungsgericht</i> si pronuncia sui criteri relativi alla concessione di un provvedimento cautelare che rende provvisoriamente inapplicabile il diritto comunitario nell'ordinamento tedesco | » 563 |
| <i>Alessandro Lega</i> - La competenza esterna della Comunità in materia di trasporto aereo | » 35 |
| <i>Alberto Ondei</i> - La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia alla luce della Convenzione di Bruxelles | » 267 |
| <i>Irene Picciano</i> - I confini interpretativi della dottrina dell' <i>essential facility</i> e sua applicazione al mercato del trasporto ferroviario in Italia: problemi e limiti | » 387 |
| <i>Riccardo Rossano</i> - Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo | » 371 |
| <i>Vito Rubino</i> - La giurisprudenza della Corte di giustizia Ce fra «precauzione» e «proporzionalità»: note a margine della sentenza <i>F.lli Bellio</i> | » 507 |
| <i>Marina Tavassi</i> - Il regolamento Ce n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali | » 315 |
| <i>Massimiliano Valcada</i> - Il recupero di importi percepiti dallo Stato in violazione del diritto comunitario | » 305 |
| <i>Sergio Ventura</i> - L'Iva non è applicabile all'aiuto comunitario per i foraggi essiccati | » 745 |

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

| | |
|--|-------|
| <i>Fausto Capelli</i> - <i>Barbara Klaus</i> - La tutela delle indicazioni geografiche nell'ordinamento comunitario e in quello internazionale | » 191 |
| <i>Cristina Pozzi</i> - Nuovi spunti in materia di aiuti di Stato al trasporto aereo | » 409 |

| | |
|--|--------------------------|
| <i>Paola Puoti</i> - Etichettatura dei prodotti agroalimentari: aspetti problematici | Pag. 613 |
| <i>Cosimo Risi</i> - La Costituzione della grande Europa: coesione economica, sociale, territoriale | » 831 |
| <i>Marco Vitale</i> - Una Costituzione per l'Europa | » 177 |
| <i>Sintesi delle tesi di dottorato di ricerca discusse nell'ambito del XV ciclo di dottorato in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bologna</i> | |
| <i>Marco Borraccetti</i> - Il ruolo dell'Avvocato Generale nel sistema giurisdizionale dell'Unione europea | » 859 |
| <i>Davide Diverio</i> - La libera prestazione dei servizi nelle relazioni esterne della Comunità europea | » 861 |
| <i>Elisa Fontana</i> - I ricorrenti non privilegiati nel giudizio di annullamento. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria relativa all'art. 230, comma 4, ultima parte, del Trattato Ce | » 863 |
| <i>Emanuela Radighieri</i> - L'Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea | » 871 |

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

| | |
|--|-----------------------|
| La Corte di giustizia interpreta la Convenzione di Bruxelles: l'azione di responsabilità precontrattuale ricade nell'art. 5, n. 3 Sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2002 in causa n. C-334/00 <i>Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)</i> (con commento di <i>Alberto Ondei</i>) | » 263 |
| Trasporti aerei: sulla competenza comunitaria a stipulare accordi con i Paesi terzi Sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002 in causa n. C-467/98 <i>Commissione europea c. Regno di Danimarca</i> (con commento di <i>Alessandro Lega</i>) | » 23 |

- Impedimenti alla registrazione di un segno descrittivo come marchio comunitario**
Sentenza del Tribunale di primo grado del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02
Heron Robotunits GmbH c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno
(con commento di *Giuseppina Di Salvatore*) Pag. 701
- È discriminatoria l'esclusione del transessuale convivente dal diritto alla pensione di reversibilità**
Sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004 in causa n. C-117/01
K. B. c. National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health
(con commento di *Alice Anselmo*) » 715
- Anche le amministrazioni nazionali devono garantire, al pari dei giudici, l'uniforme applicazione del diritto comunitario**
Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004 in causa n. C-453/00
Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren
(con commento di *Giacomo Gattinara*) » 485
- La sicurezza alimentare tra esigenze economiche e protezione della salute dei consumatori**
Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004 in causa n. C-286/02
Bellio F.lli Srl c. Prefettura di Treviso
(con commento di *Vito Rubino*) » 501
- L'aiuto comunitario per i foraggi essiccati non deve essere assoggettato all'imposta sul valore aggiunto**
Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2004 in causa n. C-318/01
Commissione europea c. Repubblica italiana
(con commento di *Sergio Ventura*) » 739
- Ancora sull'efficacia orizzontale delle direttive**
Sentenza del 5 ottobre 2004 in cause riunite da n. C-397/01 a n. C-403/01
Bernhard Pfeiffer e a. c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV
(con commento di *Fausto Capelli*) » 751

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)**La Corte di giustizia si pronuncia sulla legittimità dell'attività di raccolta e di gestione di scommesse da parte di soggetti privati**

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2003 in causa n. C-6/01

*Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) e altri c. Estado português*Pag. [527](#)**Uno Stato membro è obbligato a risarcire i danni causati ai singoli anche nell'ipotesi di una violazione del diritto comunitario da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado sempre che la violazione sia manifesta**

Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01

Gerhard Köbler c. Repubblica d'Austria» [55](#)**Lo Stato membro che limita il cambiamento del cognome consentito dalla normativa di un altro Stato membro viola le norme comunitarie sul divieto di discriminazione ex art. 12 del Trattato CE**

Sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02

Carlos Garcia Avello c. Stato Belga» [58](#)**L'Italia è inadempiente per aver mantenuto in vigore una normativa che riconosce validità ai soli certificati di conformità rilasciati da organismi nazionali riconosciuti**

Sentenza della Corte di giustizia del 16 ottobre 2003 in causa n. C-455/01

Commissione europea c. Repubblica Italiana» [761](#)**Sono compatibili con la libertà di espressione le interruzioni pubblicitarie previste nelle trasmissioni di «serie televisive»**

Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2003 in causa n. C-245/01

RTL Television GmbH c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk» [60](#)**La Corte di giustizia precisa che il valore di un nutriente riportato sull'etichetta può riferirsi alla quantità dello stesso esistente alla scadenza del prodotto**

- Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2003 in causa n. C-40/02
Margareta Scherndl c. Bezirkshauptmannschaft Korneuburg Pag. 63
- Il rifiuto della prestazione di disoccupazione ai lavoratori frontalieri disoccupati che si spostano in un altro Paese dell'Unione in cerca di occupazione contrasta con il regolamento Cee n. 1408/71**
- Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003 in causa n. C-311/01
Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi » 281
- La Corte di giustizia si pronuncia sulla legittimità dell'attività di raccolta e di gestione di scommesse da parte di soggetti privati**
- Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003 in causa n. 243/01
Procedimento penale a carico di *Piergiorgio Gambelli e altri* » 528
- Contrasta con la normativa comunitaria la legislazione fiscale tedesca che non ammette la deducibilità delle spese sostenute in un altro Stato membro**
- Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2003 in causa n. C-209/01
Theodor Schilling, Angelika Fleck-Schilling c. Finanzamt Nürnberg-Süd » 65
- La Corte di giustizia si pronuncia sulla legittimità dell'attività di raccolta e di gestione di scommesse da parte di soggetti privati**
- Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2003 in causa n. C-42/02
Procedimento penale a carico di *Diana Elisabeth Lindman* » 529
- La Corte di giustizia condanna per la seconda volta uno Stato membro (Spagna) ex art. 228 CE al pagamento di una pena per la mancata esecuzione di una precedente sentenza emanata nei suoi confronti**
- Sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 2003 in causa n. C-278/01
Commissione europea c. Regno di Spagna » 67
- La Corte di giustizia precisa quali requisiti occorranو perché un segno sonoro possa essere registrato come marchio**

- Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2003 in causa n. C-283/01
Shield Mark BV c. Joost Kist h.o.d.n. Memex Pag. 762
- La durata eccessiva dei procedimenti non ha alcuna influenza sull'applicazione delle norme sulla litispendenza previste dalla Convenzione di Bruxelles**
Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003 in causa n. C-116/02
Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl » 283
- La parte soccombente è tenuta a rimborsare sia le spese legali dell'avvocato nominato, stabilito in un altro Stato membro, sia quelle dell'avvocato che esercita dinanzi al giudice adito**
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-289/02
AMOK Verlags GmbH c. A & R Gastronomie GmbH » 285
- La normativa britannica che impedisce il matrimonio tra transessuali viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e contrasta con la normativa comunitaria sulla parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso diverso**
Sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004 in causa n. C-117/01
K. B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health » 287
- La Corte di giustizia si pronuncia sulle disposizioni nazionali anticumulo in materia di disoccupazione applicabili agli ex agenti della Comunità**
Sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 2003 in causa n. C-92/02
Nina Kristiansen c. Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening » 532
- Rimborso di tributi indebitamente riscossi: l'Italia deve modificare la propria normativa perché, nel modo in cui viene interpretata, viola la normativa comunitaria**
Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00
Commissione europea c. Repubblica italiana » 534
- Quando il titolare di un marchio può vietare l'utilizzo di una indicazione geografica confondibile invocando la direttiva n. 89/104/Cee**

- Sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004 in causa n. C-100/02
Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. c. Putsch GmbH Pag. 290
- La direttiva n. 80/987/Cee vieta la sottrazione di somme corrisposte dal datore di lavoro a titolo di anticipo dai crediti vantati dal lavoratore**
Sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 2004 in cause riunite n. C-19/01, n. C-50/01 e n. C-84/01
Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c. Alberto Barsotti e a. (C-19/01), Milena Castellani c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) » 765
- Contrasta con il diritto comunitario far coincidere il periodo del congedo di maternità con il periodo stabilito a livello collettivo per le ferie del personale**
Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2004 in causa n. C- 342/01
María Paz Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho SA » 291
- I giudici comunitari sono competenti a decidere i ricorsi di risarcimento danni contro il mediatore europeo**
Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C- 234/02 P
Mediatore europeo (sostenuto dal Parlamento europeo) c. Frank Lamberts » 293
- La normativa britannica che concede l'indennità di disoccupazione ai soli soggetti residenti non contrasta con il principio della parità di trattamento**
Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C-138/02
Collins c. Secretary of State for Work and Pensions » 536
- La Corte di giustizia interpreta il divieto di pubblicità per la vendita di merci che provengono dalla massa fallimentare contenuto nella normativa austriaca**
Sentenza della Corte di giustizia del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02
Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH » 538

- Condannata l'Italia per aver omesso di recuperare gli aiuti illegittimamente concessi per l'assunzione di lavoratori tramite contratti di formazione lavoro**
Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004 in causa n. C-99/02
Commissione europea c. Repubblica italiana Pag. 295
- Confermata la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'individuazione dei requisiti necessari affinché un singolo possa proporre un ricorso diretto contro un regolamento comunitario**
Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004 in causa n. C-263/02 P
Commissione europea c. Jégo-Quéré e Cie SA » 297
- La valutazione in concreto del carattere abusivo di una clausola contrattuale è rimessa al giudice nazionale**
Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004 in causa n. C-237/02
Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c. Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter » 541
- Legittimità di una discriminazione (a rovescio) ai danni degli ingegneri italiani**
Ordinanza della Corte di giustizia del 5 aprile 2004 in causa n. C-3/02
Alessandro Mosconi, Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia c. Soprintendenza per i beni Ambientali e Architettonici di Venezia - Ministero per i beni e le attività culturali, in presenza di Comune di San Martino Buon Albergo (Verona), Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, Ordine degli Architetti di Verona e Consiglio Nazionale degli ingegneri » 767
- Riconoscimento reciproco delle patenti di guida in ambito comunitario**
Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 in causa n. C-476/01
Procedimento penale a carico di *Felix Kapper* » 542
- La Corte di giustizia precisa le condizioni per l'esercizio in uno Stato membro di attività economiche in materia di vigilanza da parte di un'impresa di un altro Stato membro**

Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 in causa n. C-171/02
Commissione europea c. Repubblica portoghese Pag. 544

La Corte di giustizia individua i criteri volti a determinare il giudice competente a risolvere una controversia ai sensi della Convenzione di Bruxelles

Sentenza della Corte di giustizia del 10 giugno 2004 in causa n. C-168/02
Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius, Zeki Karan » 769

Il regime francese sulla pubblicità televisiva indiretta di bevande alcoliche non contrasta con la normativa comunitaria sulla libera prestazione dei servizi e con la direttiva «tv senza frontiere»

Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2004 in causa n. C-429/02
Bacardi France SAS c. Télévision Française 1 SA TFI, Groupe Jean-Claude Darmon SA, GiroSport Sarl » 771

Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2004 in causa n. C-262/02
Commissione europea, sostenuta da Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Repubblica francese » 772

L'attività sportiva e il divieto dell'uso di sostanze dopanti rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario solamente se perseguono obiettivi di carattere economico

Sentenza del Tribunale di primo grado del 30 settembre 2004 in causa n. T-313/02
David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione europea » 774

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

La restituzione di diritti doganali indebitamente percepiti dallo Stato

Sentenza del Tribunale di Milano del 19-28 maggio 2003, n. 7288/03
Plada Plasmon Dietetici Alimentari Spa c. Ministero dell'Economia e delle finanze » 301
(con commento di *Massimiliano Valcada*)

- Contratti con i consumatori: quale il giudice competente in caso di controversia?**
Ordinanza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, del 5 giugno - 1° ottobre 2003 n. 14669/03
Abrescia Chiara c. Consultur Srl
(con commento di *Emilio Graziuso*) Pag. 71
- La restituzione di diritti doganali indebitamente percepiti dallo Stato**
Sentenza del Tribunale di Bologna del 27 dicembre 2003 - 15 gennaio 2004, n. 130/04
Kraft General Foods Spa c. Amministrazione delle finanze dello Stato - Agenzia del demanio
(con commento di *Massimiliano Valcada*) » 302
- La posizione della Corte di giustizia e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo sui diritti della difesa**
Decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 marzo 2004 (ricorso n. 56672/00) nel caso *Senator Lines c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito*
(con commento di *Fabio Buonomo*) » 547
- Inderogabilità delle norme penali di divieto del gioco d'azzardo: la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità di una legge regionale istitutiva di case da gioco**
Sentenza della Corte costituzionale del 21-24 giugno 2004 n. 185/2004
Presidenza del Consiglio dei ministri c. Regione Friuli-Venezia Giulia
(con commento di *Fulvia Abbondante*) » 777
- La prima pronuncia in materia comunitaria della Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia: la decisione sospende temporaneamente, fino alla sentenza della Corte di giustizia, le disposizioni nazionali che hanno recepito la direttiva sulla "formula aperta" dei mangimi**
Decisione della Corte costituzionale slovena dell'8 luglio 2004 n. U-I-113/04-17
Istanza della società *Jata Ernona ed altri* » 559

Secondo la Corte costituzionale tedesca le opinioni espresse dalle autorità giudiziarie di altri Stati membri sono rilevanti anche per i giudici tedeschi quando è in discussione la validità di una norma di diritto comunitario

Decisione della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) del 27 luglio 2004 n. 1 BvR 1542/04

Denkavit Futtermittel GmbH c. Land Nordrhein-Westfalen
(con commento di *Barbara Klaus*)

Pag. 561

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

Attribuzione di nuove competenze alle giurisdizioni e alle autorità garanti della concorrenza nazionali

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

(con commento di *Marina Tavassi*)

» 313

Il regime europeo comune in materia di asilo: individuazione dei criteri di competenza per l'esame di una domanda di asilo

Regolamento (Ce) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo

(con commento di *Riccardo Rossano*)

» 367

Tutela ambientale: regolamentazione delle emissioni di gas a effetto serra

Direttiva n. 2003/87/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva n. 96/61/Ce del Consiglio

(con commento di *Valentina Di Milla*)

» 567

Uno spazio giudiziario europeo anche in materia matrimoniale

Regolamento (Ce) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di re-

- sponsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (Ce) n. 1347/2000
(con commento di *Anna Di Lieto*) Pag. 93
- Aiuti di Stato: semplificazione dei meccanismi di controllo**
Regolamento 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004 recante disposizioni di esecuzione del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato Ce » 789
(con commento di *Salvatore Guzzi*)
- DOCUMENTAZIONE**
- Polizze *united linked*: una nuova regolamentazione per i contratti di assicurazione**
Circolare ISVAP n. 474/D del 21 febbraio 2002 » 139
(con commento di *Fabio Ambrosiani*)
- Liberalizzazione del trasporto ferroviario locale e assegnazione dei servizi in regime di libera concorrenza**
AS262 dell'8 luglio 2003 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato relativa al reperimento di materiale rotabile ferroviario necessario per l'espletamento delle gare per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale » 383
(con commento di *Irene Picciano*)
- Registrazione comunitaria di una Dop o di una Igp: tutela dei produttori che già utilizzavano denominazioni simili**
Decreto 3 novembre 2003. Concessione di un periodo di adeguamento alle imprese di panificazione utilizzanti nei loro prodotti il riferimento al nome geografico «Altamura» senza rivendicare la corrispondente denominazione di origine protetta » 587
(con commento di *Fausto Capelli*)
- Opposizione alla registrazione di marchi comunitari contenenti un nome geografico**
Ricorso della Solo Italia Srl contro l'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno, proposto il 12 novembre 2003 (Causa n. T-373/03) » 171
(con nota di *Fausto Capelli*)

Consiglio europeo

- Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 25-26 marzo 2004 Pag. 405
- Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 17-18 giugno 2004 » 603
- Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 4-5 novembre 2004 » 821

Come cambiare l'Università

- «*Sognando un campus americano*» di Massimo Piattelli Palmarini » 827
- (con nota di *Fausto Capelli*)

Una Costituzione per l'Europa

- Dipartimento per le politiche comunitarie - Raggiunto l'accordo per la Costituzione europea » 609
- (con nota di *F. C.*)

RECENSIONI

- Stefano Bertozzi*, La Comunità europea di difesa - Profili storici, istituzionali e giuridici (*Anna Astori*) » 209
- Volker Boehme-Nessler*, CyberLaw - Lehrbuch zum Internet-Recht (*Mario Panebianco*) » 211
- Klaus Tim Bröcker - Christian Crychowski - Detmar Schäfer*, Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet. Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, angrenzende Rechtsgebiete (*Mario Panebianco*) » 653
- Giuseppe Conte - Hans Boss*, Dizionario giuridico ed economico, Teil I Italienisch-Deutsch, 5., neubearbeitete und erweiterte Auflage » 434
- Giuseppe Conte - Hans Boss*, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II, Deutsch-Italienisch, 6., neubearbeitete und erweiterte Auflage (*Barbara Klaus*) » 434
- Franz Cromme*, Der Verfassungsvertrag der Europäischen Union . Entwurf und Begründung (*Barbara Klaus*) » 434
- Carlo Curti Gialdino (a cura di)*, Una Costituzione per la nuova Europa (Progetto di Trattato) (*Caterina Di Bianco*) » 875

| | |
|--|----------|
| <i>Angela Di Stasi</i> , Il sistema americano dei diritti umani (Circolazione e mutamento di una <i>international legal tradition</i> (<i>Caterina Di Bianco</i>)) | Pag. 878 |
| <i>Massimo Fragola</i> , Nozioni di Diritto diplomatico e consolare - Tecnica, prassi, esperienza (<i>Pietro Troianiello</i>) | » 883 |
| <i>Thomas Hören</i> , Grundzüge des Internetrechts (E-Commerce, Domains, Urheberrecht) (<i>Mario Panebianco</i>) | » 213 |
| <i>Alberto Lucarelli - Andrea Patroni Griffi</i> (a cura di), Studi sulla Costituzione europea (<i>Cinzia Ariaudo</i>) | » 431 |
| <i>Bruno Nascimbene</i> , Diritto degli Stranieri (<i>Angela Di Stasi</i>) | » 205 |
| <i>Piero Pennetta</i> , Il regionalismo multipolare asiatico. Contributo al diritto della cooperazione istituzionalizzata fra Stati (<i>Massimo Panebianco</i>) | » 427 |
| <i>Natalino Ronzitti</i> , Introduzione al diritto internazionale (<i>Massimo Panebianco</i>) | » 884 |
| <i>Alberto Quadrio Curzio</i> (a cura di), Verso la Costituzione Europea. Profili della Costituzione economica europea (<i>Francesco Buonomenna</i>) | » 649 |
| <i>Maria Rita Saulle</i> , Lezioni di organizzazione internazionale, volume II, Le organizzazioni internazionali e i diritti umani (<i>Marinella Fumagalli Meraviglia</i>) | » 207 |
| <i>Augusto Sinagra</i> , Diritto e giustizia. Ragione e sentimento - Scritti giuridici e politici (1985-2004) (<i>Anna Lucia Valvo</i>) | » 886 |
| <i>Antonio Tizzano</i> (a cura di), Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea (<i>Massimo Panebianco</i>) | » 428 |
| <i>Alberto Venezia</i> , Gli strumenti contrattuali per le reti di vendita (P.R.) | » 888 |
| <i>Claudio Zanghì</i> , Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea (verso una Costituzione Europea) (<i>Massimo Panebianco</i>) | » 430 |
| <i>Jacques Ziller</i> , La nuova Costituzione europea (<i>Cinzia Ariaudo</i>) | » 431 |

ARTICOLI

CONTRATTAZIONE VIA MEZZI INFORMATICI E LA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE SUI CONTRATTI DI VENDITA INTERNAZIONALE DI BENI MOBILI

Sommario: **I.** *Ambito di applicazione internazionale e personale* - **1.** *L'internazionalità* - **2.** *Le parti* - **3.** *I criteri di applicabilità* - **II.** *L'ambito di applicazione sostanziale* - **1.** *Beni* - **2.** *La vendita* - **3.** *Compravendita di beni per uso personale* - **4.** *Forma: questioni generali* - **5.** *Forma: il significato del termine «scritto» ex art. 13* - **III.** *Questioni di diritto sostanziale* - **1.** *Formazione del contratto: in generale* - **2.** *Formazione del contratto: proposta e accettazione* - **3.** *Efficacia delle comunicazioni rese in conformità con la Parte III della CISG* - **IV.** *Conclusioni.*

Questo breve scritto prende in esame la questione della applicabilità della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili¹ (da qui in avanti CISG) ai contratti conclusi con mezzi di comunicazione informatici.

I. Ambito di applicazione internazionale e personale

1. L'internazionalità

È risaputo che la CISG risulta di per sé applicabile soltanto ai contratti conclusi tra parti che hanno la loro sede d'affari in Stati diversi (art. 1, comma 1°)². Ai sensi della CISG, questa internazionalità non va tenuta in considerazione quando «non risulta né dal contratto, né dalle trattative intercorse tra le parti, né da informazioni date dalle stesse, in un qualsiasi momento an-

¹ Per il testo italiano della CISG, v. ad esempio F. FERRARI, *La vendita internazionale*, Padova, Cedam, 1999, p. 261 ss.

² Per un esame dettagliato dell'ambito di applicazione internazionale della CISG, v. K. SIEHR, *Der internationale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1988, p. 587 ss.

teriore alla conclusione del contratto o al momento della sua conclusione»³. Poiché, tuttavia, il commercio elettronico tende a far sbiadire la tradizionale distinzione tra contratti nazionali ed internazionali, si rende necessario un esame più approfondito della disposizione appena ricordata.

Laddove le parti di un contratto concluso con mezzi di comunicazione informatici indichino con chiarezza l'ubicazione della loro sede d'affari, quella sede andrà presa in considerazione al fine di determinare l'internazionalità del contratto di vendita, non diversamente da quanto accade con riferimento ai contratti conclusi con i tradizionali mezzi di comunicazione. Lo stesso vale anche per i casi in cui una parte possiede più di una sede d'affari, situazione della quale si occupa l'art. 10 CISG. Infatti, secondo vari autori l'indicazione di una parte circa quale sede d'affari debba considerarsi quella rilevante costituisce un criterio importante, se non addirittura quello più importante, da tenere presente al fine di determinare se il contratto sia internazionale ai sensi della CISG⁴. Una chiara indicazione della sede d'affari rilevante evita anche possibili quesiti interpretativi con riguardo alla riconoscibilità dell'internazionalità, richiesta dall'art. 1, comma 2°.

Se, tuttavia, la sede d'affari rilevante non è stata dalle parti indicata con chiarezza prima o al momento della conclusione del contratto, viene da domandarsi se vi siano delle circostanze dalle quali si possa altrimenti ricavare l'ubicazione della sede d'affari. A tal riguardo potrebbe risultare utile prendere in considerazione l'indirizzo dal quale i messaggi di posta elettronica sono stati inviati. Nel caso che una parte faccia uso di un indirizzo collegato ad un dominio che presenta un elemento di collegamento con un Paese particolare (si pensi ai suffissi .at, .fr., .it, etc.), si potrebbe sostenere che la sede d'affari sia ubicata in quel Paese. Ne consegue che un contratto di vendita concluso tra una parte che ha fatto uso di un indirizzo recante il suffisso .at, ed una parte che ha utilizzato un indirizzo che termina in .fr dovrebbe essere considerato internazionale. Una siffatta soluzione presenterebbe il vantaggio di rendere le parti necessariamente consapevoli del fatto che il contratto può non essere un contratto puramente nazionale. Pertanto, l'applicabilità della CISG non potrebbe essere esclusa adducendo che i contraenti non potevano essere a conoscenza dell'internazionalità del contratto (art. 1, comma 2°).

Questa soluzione produce, in altre parole, l'effetto di collocare la sede d'affari di un contraente (nei casi in cui non sia stata altrimenti indicata e non sia altrimenti individuabile) nel Paese che risulta dal suffisso riportato nell'in-

³ Art. 1, comma 2°.

⁴ Vari autori hanno sottolineato che l'indicazione delle parti circa quale sede sia da considerarsi rilevante debba essere presa in considerazione; v. in merito F. FERRARI, *Art. 10*, in P. SCHLECHTRIEM (a cura di), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 3a ed., München, Beck Verlag, 2000, p. 155; A. KRITZER, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer, 1989, p. 75.

dirizzo elettronico. Come si dovrebbe però procedere nel caso in cui l'indirizzo di posta elettronica non renda possibile risolvere il problema in questo modo perché l'indirizzo non presenta alcun collegamento con un Paese particolare, come avviene per gli indirizzi registrati presso un dominio operante su scala mondiale del tipo .com, .net, etc.? Si potrebbe sostenere che in questi casi il contratto è sempre e comunque internazionale, giustificando questa affermazione sulla scorta del fatto che l'utilizzo di un indirizzo che non presenta alcun collegamento con un Paese particolare denota l'intenzione da parte dell'utilizzatore di non essere localizzato in alcun Paese o, al contrario, di essere reperibile da ogni dove. Del resto, una soluzione di questo tipo eliminerebbe gli interrogativi che possono derivare dal dettato dell'art. 1, comma 2° CISG, giacché, da quanto detto, si potrebbe dedurre che chiunque concluda un contratto con mezzi informatici con un soggetto che utilizza un indirizzo di questo tipo non potrebbe ignorare di concludere un contratto internazionale.

Un altro modo per risolvere la questione del come determinare l'internazionalità richiesta dalla CISG con riferimento a contratti conclusi con mezzi informatici sarebbe quello di definire il concetto di «sede d'affari» per i casi in cui il contratto viene concluso mediante comunicazioni informatiche. Nel formulare una definizione di questo tipo si dovrebbe però evitare di creare una definizione che si discosti da quella generalmente accolta ai sensi della CISG⁵, senza però perdere di vista la necessità di determinare con facilità la sede d'affari di una parte. Bisognerebbe, in altre parole, evitare che si verifichi una situazione in cui la sede d'affari di una parte che conclude un contratto con mezzi informatici venga individuata in un Paese diverso da quello in cui sarebbe stata localizzata se il contratto fosse stato concluso con mezzi più tradizionali.

2. *Le parti*

Benché l'internazionalità, e, di conseguenza, l'applicabilità della CISG dipendano dal luogo in cui le parti hanno la loro sede d'affari, il concetto di parte non è stato definito dalla CISG. Bisogna, pertanto, domandarsi chi sia parte contraente. La problematica in esame non interessa solo i contratti conclusi con mezzi informatici; essa è, anzi, rilevante anche nei casi in cui i contratti sono conclusi con mezzi più tradizionali, come ad esempio in quelli in cui il venditore si avvale della collaborazione di un intermediario.

⁵ Per un esame dettagliato del concetto di «sede d'affari», v. K. BELL, *The Sphere of Application of the Vienna Sales Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Pace International Law Review*, 1996, p. 245; A. ROSETT, *Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Ohio State Law Journal*, 1984, p. 279; in giurisprudenza, si sono occupati della definizione della "sede d'affari" ai sensi della CISG ad esempio Trib. Rimini, 26 novembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 896 ss.

Dal momento che la CISG non disciplina la questione della rappresentanza⁶, si deve ricorrere al diritto nazionale applicabile per determinare chi è parte del contratto⁷. Spetterà, quindi, al diritto nazionale applicabile decidere se si debba considerare parte di un determinato contratto il rappresentato piuttosto che il rappresentante⁸. La stessa soluzione – applicabilità del diritto nazionale alla questione della rappresentanza – dovrà essere adottata anche in presenza di «rappresentanti informatici».

Nell'esaminare se questa soluzione debba ritenersi adeguata, può essere utile tenere presente che la questione del «rappresentante informatico» è stata oggetto di discussione presso il gruppo di lavoro sul commercio elettronico dell'UNCITRAL, dove, nel corso dei lavori, si è generalmente ritenuto che il computer non dovrebbe divenire il centro di imputazione di diritti o doveri⁹. La persona (che sia fisica o giuridica) per conto della quale il computer è stato programmato, ad esempio per emettere ordini di acquisto, dovrebbe in ultima analisi essere responsabile per tutti i messaggi prodotti dal mezzo elettronico. Sempre nel corso di questi lavori si è, inoltre, ritenuto che le parti, fatto salvo il ricordato principio, dovrebbero avere la possibilità di decidere liberamente quale tipo di schema adottare per le loro comunicazioni. A tal riguardo, pare utile osservare che ciò non sarebbe incompatibile con la CISG, dato che essa espressamente autorizza le parti a darsi le proprie regole (art. 6).

3. I criteri di applicabilità

Affinché la CISG possa trovare applicazione ad un contratto di vendita internazionale non è sufficiente che il contratto sia internazionale¹⁰. Infatti, non solo le parti devono avere la loro sede d'affari in due Paesi diversi, ma questi devono, al momento della conclusione del contratto, essere anche Stati contraenti della CISG ai sensi dell'art. 100 della stessa; qualora questo criterio di applicabilità previsto dall'art. 1, comma 1°, lett. a. non sia soddisfatto, la CISG può essere comunque applicabile, in virtù dell'art. 1, comma 1°, lett. b.,

⁶ V. in questo senso OGH, 20 marzo 1997, in *österreichische Juristenzeitung*, 1997, p. 829; AG Tessin, 12 febbraio 1996, in *Schweizerische Zeitschrift für europäisches und internationales Recht*, 1996, p. 135; AG Alsfeld, 12 maggio 1995, in *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1996, p. 120; KG Berlin, 24 gennaio 1994, *RIW*, 1994, p. 683; LG Hamburg, 26 settembre 1990, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1991, p. 400.

⁷ F. FERRARI, *Art. 1*, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, cit. supra, nota 4, p. 61; v. in questo senso anche la recentissima sentenza del Trib. Padova, sez. distaccata di Este, 25 febbraio 2004, non pubblicata.

⁸ K. SIEHR, *Art. 1*, in H. HONSELL (a cura di), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin/Heidelberg/New York, Springer, 1997, p. 48.

⁹ Cfr. R. SORIEUL, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as set of uniform rules for electronic commerce*, in *Business Law International*, 2000, p. 383.

¹⁰ In questo senso v. nella giurisprudenza recente Trib. Padova, loc. cit.; Trib. Rimini, 26 novembre 2002, cit. supra, nota 5; Trib. Vigevano, 12 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, c. 281 ss.

purché le norme di diritto internazionale privato del foro facciano rinvio alla legge di uno Stato contraente.

Per quanto riguarda il primo dei criteri di applicabilità ricordati, non rileva che il contratto sia stato concluso con mezzi informatici o con qualsiasi altro mezzo di comunicazione, poiché l'elemento rilevante è unicamente ubicazione statale della sede d'affari delle parti. Infatti, una volta individuata la sede d'affari delle parti, dovrebbe risultare agevole determinare se il Paese in cui essa si trovava al momento della conclusione del contratto era uno Stato contraente della CISG.

Per quanto riguarda il secondo criterio di applicabilità¹¹, l'impiego di mezzi di comunicazione informatici piuttosto che di mezzi più tradizionali per la conclusione del contratto acquista rilievo solo nella misura in cui le norme di diritto internazionale privato del foro utilizzino come criterio di collegamento il luogo di conclusione del contratto. In questi casi, l'esatta individuazione del luogo di conclusione del contratto può creare delle difficoltà, soprattutto perché mancano norme specifiche al riguardo. Quando le norme di diritto internazionale privato del foro ricorrono, però, a criteri di collegamento diversi da quello del luogo di conclusione del contratto, come avviene ad esempio per la Convenzione Inter-Americana sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1994¹² o per la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980¹³, l'impiego di mezzi di comunicazione informatici non dovrebbe creare difficoltà di natura diversa da quelle che derivano dall'impiego di mezzi di comunicazione più tradizionali. Con riferimento alla problematica qui esaminata, non sembra pertanto che ai contratti conclusi con mezzi informatici debba essere riservato un trattamento diverso da quello previsto per contratti conclusi con altri mezzi.

¹¹ Per un esame dell'applicabilità della CISG in virtù del criterio previsto dall'art. 1, comma 1°, lett. b., v. per tutti C. BERNASCONI, *The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)*, in 46 *Netherlands International Law Journal*, 1999, p. 137 ss.; F. FERRARI, *CISG Article 1 (1) (b) and Related Matters: Brief Remarks on Occasion of a Recent Dutch Court Decision*, in 13 *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1995, p. 317 ss.; H. PÜNDE, *Das Einheitliche UN-Kaufrecht – Anwendung kraft kollisionsrechtlicher Verweisung nach Art. 1 Abs. 1 lit. b UN-Kaufrecht*, *RIW*, 1990, p. 869 ss.

¹² Per il testo della Convenzione in lingua ufficiale inglese, v. *International Legal Materials*, 1994, p. 732.

¹³ Per il testo della Convenzione in lingua ufficiale italiana, v. F. FERRARI (a cura di), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, 2° ed., Milano, Giuffrè, 2002, p. 212 ss.

II. L'ambito di applicazione sostanziale

1. Beni

È cosa nota che la CISG risulta applicabile ai soli contratti per la vendita internazionale di «beni». Purtroppo la Convenzione non dà alcuna definizione del concetto di bene¹⁴. Ciò non significa, però, che al fine di determinare che cosa costituisca un bene l'interprete debba fare riferimento a concetti propri di un diritto nazionale. Al fine di assicurare l'uniformità, il concetto di bene, così come molti altri concetti utilizzati nella CISG, va interpretato in maniera "autonoma", non quindi alla luce di un ordinamento giuridico particolare.

La CISG sembra accogliere un concetto piuttosto conservatore di «bene», in quanto sia la dottrina¹⁵ che la giurisprudenza sembrano essenzialmente restringerne il concetto essenzialmente ai beni mobili corporali¹⁶. Ne consegue che la dottrina maggioritaria ritiene che non debbano considerarsi beni i diritti immateriali, come ad esempio i brevetti, i marchi, la quota di una società a responsabilità limitata¹⁷, nonché il *know-how*. Lo stesso vale anche per quanto riguarda gli immobili.

È ovvio che la sopra menzionata definizione di bene vale a prescindere dal fatto che il contratto di vendita sia stato concluso con mezzi informatici o meno. In altre parole, non occorre modificare in alcun modo il concetto di bene per rispondere a determinati bisogni scaturenti dalla conclusione di contratti via mezzi informatici. Ciò nondimeno sorge spontaneo chiedersi se la CISG debba, o, perlomeno, dovrebbe applicarsi anche ai beni detti «virtuali». A tal proposito pare utile ricordare come la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato la questione del *software* in relazione alla CISG. Secondo larga parte della dottrina¹⁸, la vendita di *software* può rientrare nell'ambito di applicazione sostanziale della Convenzione, benché il *software* non sia un bene mobile corporale e purché non sia stato programmato *ad hoc*, o, nell'ipotesi di

¹⁴ In merito v. ad esempio *Botschaft des Schweizerischen Bundesrats betreffend das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. Januar 1989*, Bern, Springer, p. 759.

¹⁵ V. B. CZERWENKA, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*, Berlin, Dunccker & Humblot, 1988, p. 147; A.-L. CALVO CARAVACA, *Art. 1*, in L. DIEZ-PICAZO (a cura di), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, p. 48.

¹⁶ Cfr. Trib. Padova, *cit. supra*, nota 7; Trib. Pavia, 29 dicembre 1999, in *Corr. giur.*, 2000, p. 923; OLG Köln, 26 agosto 1994, in *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1995, p. 246.

¹⁷ V. in merito Lodo arbitrale della Corte arbitrale collegata alla Camera di Commercio e per l'Industria Ungherese del 20 dicembre 1993, pubblicato su internet al seguente indirizzo: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/931220h1.html>.

¹⁸ Cfr. da ultimo T. COX, *Chaos Versus Uniformity: The Divergent Views of Software in the International Community*, in *Business Law International*, 2000, p. 361; F. DIEDRICH, *Anwendbarkeit des Wiener Kaufrecht auf Softwareüberlassungsverträge*, *RIW*, 1993, p. 452; T. HOEREN, *Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf*, in *Computer und Recht*, 1988, p. 916.

un prodotto *standard*, a patto che non abbia subito modifiche eccessive per adeguarlo alle necessità del compratore. Siffatta interpretazione è stata giustificata adducendo che in questi casi, non diversamente da quanto avviene per i libri e i dischi, l'opera intellettuale viene incorporata in un bene mobile corporeale. In ultima analisi, però, un'interpretazione del genere avrebbe l'effetto di escludere sempre il *software* dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione quando esso non viene incorporato in un bene mobile corporeale, come nelle ipotesi in cui il *software* venga inviato per via informatica al compratore.

L'applicabilità della CISG ai contratti di vendita di *software* è stata recentemente ribadita anche dalla giurisprudenza. Una corte d'appello tedesca ha espressamente affermato in un *obiter dictum* che la vendita di *software standard* può essere considerata vendita di un bene, almeno nei casi in cui il *software* non è programmato su misura per un singolo utente¹⁹. In precedenza un tribunale tedesco di primo grado aveva raggiunto la medesima conclusione²⁰.

Da quanto è stato detto finora, appare chiaramente la necessità di chiarire quanto prima se il *software* debba essere considerato un bene ai fini della Convenzione; ciò risulterebbe indubbiamente utile per garantire l'uniformità dell'interpretazione della CISG. Se si dovesse estendere l'ambito di applicazione della Convenzione al punto da farci rientrare anche il *software*, ci si dovrebbe chiedere quale sia il limite di questa estensione. Si dovrebbe allora decidere se sia da preferirsi un'applicazione della Convenzione alle vendite di *software* nel solo caso in cui esso venga incorporato in un bene mobile corporeale, o se, invece, non sia preferibile estendere l'applicazione della CISG a tutte le vendite di *software* indistintamente, a prescindere da come viene trasmesso all'utente. Se anche si dovesse arrivare a ritenere che il *software* costituisce un «bene» ai sensi della CISG, ciò nondimeno si dovrebbero escludere i *software* realizzati su misura dall'ambito applicativo della Convenzione, poiché, ai sensi dell'art. 3, comma 2°, la CISG «non si applica ai contratti in cui la parte preponderante degli obblighi del contraente che deve fornire i beni consiste nella prestazione di mano d'opera o di altri servizi».

2. La vendita

La questione dell'inclusione dei beni «virtuali» nella nozione di «beni» ai sensi della CISG non è la sola ad essere rilevante quando si deve decidere se la Convenzione debba o no disciplinare contratti che hanno ad oggetto la vendita di beni quali il *software*. Un altro concetto rilevante è quello di «contratto di vendita». Benché la Convenzione non definisca espressamente il con-

¹⁹ OLG Köln, 26 agosto 1994, *cit. supra*, nota 16.

²⁰ V. OLG Koblenz, 17 settembre 1993, *RIW*, 1993, p. 934.

tratto di vendita²¹, una definizione può essere ricavata implicitamente da un esame dei rispettivi diritti ed obblighi delle parti. Il contratto di vendita, pertanto, può essere (ed è stato) definito come il contratto per mezzo del quale il venditore ha l'obbligo di trasferire la proprietà dei beni, di consegnarli e di consegnare i relativi documenti, mentre l'acquirente ha l'obbligo di pagare il prezzo dei beni e di prenderli in consegna²².

Data questa definizione di contratto di vendita, viene da chiedersi se le vendite aventi ad oggetto beni «virtuali» possano ricadere sotto questa definizione. Vi è chi ha sostenuto che i contratti relativi a questo genere di beni non vi possano rientrare, poiché rivestono il carattere di licenze piuttosto che quello di vendite²³. I due diversi approcci presentano notevoli divergenze tra loro. Mentre un contratto di vendita libera gli acquirenti (*i.e.* gli «utilizzatori») da ogni restrizione circa l'uso del prodotto acquistato, delimitando, così, chiaramente i confini del controllo che il proprietario di un brevetto o di un diritto d'autore potrebbe esercitare sull'utilizzo del prodotto che incorpora l'opera resa oggetto di brevetto o di diritto d'autore, una licenza consente al produttore o al *developer* del bene «virtuale» di esercitare un controllo sul prodotto che ripercorre l'intera catena delle licenze (mentre la vendita, come abbiamo osservato, avrebbe l'effetto di liberare gli utilizzatori da questi controlli)²⁴. Diventa, quindi, evidente come non basti decidere se l'applicazione della CISG vada allargata alle vendite di beni «virtuali», cosa che potrebbe risolversi attraverso una integrazione del dettato della CISG, ma diverrebbe altrettanto necessario chiedersi, nel momento in cui si volesse qualificare i contratti aventi ad oggetto i beni «virtuali» come normali contratti di vendita di beni, se le norme di diritto sostanziale contenute nella CISG possano risultare conformi alle necessità di questi tipi di contratti.

3. *Compravendita di beni per uso personale*

Ai fini dell'applicazione della CISG, non è sufficiente, da un punto di vista sostanziale che il contratto sia un contratto di «vendita» di «beni». Ai sensi dell'art. 2, lett. *a.*, la Convenzione non si applica alle vendite di «beni acquistati per uso personale, familiare o domestico, a meno che il venditore, in un qualsiasi momento anteriore alla conclusione o al momento della conclusione del contratto, non sapesse e non fosse tenuto a sapere che tali beni erano

²¹ Vedi in merito KG Waadt, 11 marzo 1996, non pubblicata; OGH, 10 novembre 1994, in *österreichische Juristische Blätter*, 1995, p. 253.

²² Vedi Trib. Padova, *cit. supra*, nota 7; KG Waadt, *loc. cit.*

²³ Per una simile affermazione, v. da ultimo J. C. DODD, *Time and Assent in the Formation of Information Contracts: The Mischief of Applying Article 2 to Information Contracts*, in *Houston Law Review*, 1999, p. 211.

²⁴ *Ibid.*

stati acquistati per tale uso». Con riguardo a questo tipo di esclusione, non sembra assumere alcun rilievo il fatto che per concludere il contratto si utilizzino mezzi informatici o mezzi più tradizionali. Come avviene nel caso di contratti conclusi con mezzi tradizionali, il consumatore è l'unico ad essere consapevole della ragione che lo porta a contrarre. Nel caso che il compratore porti a conoscenza del venditore l'uso che vuole fare dei beni acquistati, e questo uso abbia esclusivamente natura personale, familiare o domestica, la CISG non sarà applicabile. Viceversa, nel caso che il compratore non informi il venditore del tipo di uso che intende fare dei beni, l'applicazione della CISG dipenderà dalla possibilità che il venditore si accorga dell'intenzione del compratore. Per determinare se questa possibilità esiste, bisognerà prendere in esame, in maniera simile a quando il contratto non viene concluso con mezzi informatici, elementi fattuali come l'acquisto di più beni dello stesso genere, la loro natura, etc.

4. *Forma: questioni generali*

Benché la CISG non si occupi in genere della questione della validità del contratto²⁵, essa disciplina espressamente la questione della validità formale dei contratti di vendita internazionale di beni mobili. A questo proposito, l'art. 11 della CISG prevede che «il contratto di vendita non deve essere concluso né provato per iscritto né sottoposto ad alcun requisito formale. Può essere provato con ogni mezzo, ivi compresi i testimoni». L'articolo in esame sancisce il principio per cui il contratto di compravendita non è soggetto ad alcun requisito di forma²⁶, tanto per la sua formazione, quanto per la sua prova, e, di conseguenza, può essere concluso oralmente, per iscritto²⁷ o con ogni altro mezzo. Ne deriva che, come ha avuto modo di osservare la dottrina maggioritaria²⁸ da diverso tempo a questa parte, lo scambio di messaggi di posta elettronica tra le parti dovrebbe essere sufficiente per portare alla formazione di un contratto ai sensi della CISG.

²⁵ Per articoli che trattano la questione in esame, vedi H. HARTNELL, *Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in 18 *Yale Journal of International Law*, 1993, p. 1 ss.; C. R. HEITZ, *Validity of Contracts Under the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods, April 11 1980, and Swiss Contract Law*, in 20 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1987, p. 639 ss.; A.-K. SCHLUCHTER, *Die Gültigkeit von Kaufverträgen unter dem UN-Kaufrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1996, *passim*.

²⁶ Cfr. Trib. Padova, *supra* nota 7; Trib. Rimini, 26 novembre 2002, *cit. supra*, nota 5; OGH, 6 febbraio 1996, in *österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1996, p. 248.

²⁷ Per questa affermazione, vedi, ad esempio, OLG München, 8 marzo 1995, rinvenibile su internet al seguente sito: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/145.htm>.

²⁸ Cfr., ad esempio, P. SCHLECHTRIEM, *Art. 11*, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, *cit. supra*, nota 4, p. 157.

Quanto abbiamo appena avuto modo di rilevare vale, però, nei limiti degli effetti della riserva di cui possono avvalersi ex art. 96 CISG quegli Stati la cui legislazione nazionale preveda dei requisiti di forma per i contratti di compravendita. Ai sensi dell'art. 96, «ogni Stato contraente la cui legislazione richiede che i contratti di vendita siano conclusi o provati per iscritto può, in qualsiasi momento, fare una dichiarazione in conformità con l'articolo 12 in virtù della quale le disposizioni dell'articolo 11, dell'articolo 29 o della seconda Parte della presente Convenzione, relativa all'adozione di una forma diversa da quella scritta per la conclusione, modifica o scioglimento per mutuo consenso di un contratto di vendita, o per qualsiasi offerta, accettazione o altra manifestazione di volontà, non si applicano se una delle parti ha la sua sede d'affari in tale Stato».

Secondo alcuni autori, la disposizione in esame porrebbe a carico dell'interprete un divieto di discostarsi dai requisiti previsti per la forma del contratto, ogni qualvolta una parte abbia la propria sede d'affari in uno Stato che ha dichiarato una riserva²⁹ ex art. 96. Secondo questi autori, però, l'interprete dovrebbe prendere in considerazione i requisiti di forma stabiliti dalla legislazione dello Stato riservatario, con la conseguenza che, se si accogliesse questa tesi, sarebbe in base alle norme dello Stato riservatario che si dovrebbe decidere se il contratto può essere concluso e/o provato con mezzi di comunicazione informatici.

Secondo altra parte della dottrina³⁰ gli effetti prodotti dalla riserva dichiarata ai sensi dell'art. 96 sono invece diversi; infatti, la riserva non darebbe automaticamente luogo all'applicazione dei requisiti di forma previsti dalla legislazione nazionale dello Stato riservatario. Spetterebbe invece alle norme di diritto internazionale privato del foro individuare la legge applicabile alla questione della forma del contratto di compravendita³¹. Alla luce di questa teoria, in presenza di norme di diritto internazionale privato che rinviano alla legge di uno Stato contraente non riservatario della CISG, il principio di informalità sancito dall'art. 11 risulterebbe ugualmente applicabile, nonostante che una parte abbia la propria sede d'affari in uno Stato che si è avvalso della riserva ex art. 96. Viceversa, qualora le norme di diritto internazionale privato dovessero rinviare alla legge di uno Stato riservatario, risulterebbero applicabili i requisiti di forma previsti dalle norme interne di questo Paese.

²⁹ Questa tesi è stata sostenuta, ad esempio, da W. A. STOFFEL, *Formation du contrat*, in SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG (a cura di), *Lausanner Kolloquium zum UN-Kaufrecht 1984* Zürich, Schulthess, 1985, p. 60.

³⁰ Cfr. R. HERBER - B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, München, Beck, 1991, p. 399.

³¹ Vedi anche F. FERRARI, *Art. 96*, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, cit. supra, nota 4, p. 862; ID., *Form und UN-Kaufrecht*, in *Internationales Handelsrecht*, 2004, p. 1 ss.

Emerge con chiarezza da quanto è stato detto finora che, anche se si dovessero equiparare i mezzi di comunicazione informatici con altri e più tradizionali mezzi di comunicazione, residuerebbero comunque casi in cui, pur risultando applicabile la Convenzione di Vienna, l'utilizzo dei mezzi informatici non produrrebbe alcun effetto. La soluzione più efficace per risolvere questo problema sarebbe quella di ritirare le varie riserve ex art. 96, in maniera tale da estendere il principio di informalità a tutti i contratti di compravendita internazionale ai quali si applica la CISG.

5. *Forma: il significato del termine «scritto» ex art. 13*

Mentre l'art. 11 si occupa dei requisiti di forma del contratto di compravendita, sia con riferimento alla sua conclusione che alla sua prova, l'art. 13 è una norma che acquista rilievo nell'interpretazione del concetto di «scritto». L'art. 13 dispone che infatti che «ai fini della presente Convenzione, il termine "scritto" è comprensivo delle comunicazioni mediante telegrammi e telex». Pertanto, salva diversa volontà delle parti, sia il telex che il telegramma possono soddisfare il requisito della forma scritta. Numerosi autori ritengono che l'applicazione dell'art. 13 andrebbe estesa per analogia anche al telefax³², sulla base soprattutto del fatto che quest'ultimo strumento rappresenta una mera evoluzione tecnica del telex. Alcuni di coloro che sostengono questa tesi non ritengono tuttavia che i messaggi di posta elettronica possano soddisfare il requisito della forma scritta³³, principalmente perché nessuna copia cartacea viene ricevuta. Questa tesi viene giustamente rifiutata da coloro che ritengono che le forme di comunicazione elettroniche debbano ugualmente considerarsi «scritti» ai sensi della CISG³⁴. La tesi in esame si fonda sulla considerazione che questa questione non risulta espressamente risolta dalla CISG, benché debba ritenersi disciplinata da essa, e deve pertanto essere risolta in conformità con i principi generali sui quali la Convenzione si basa. Nella fattispecie si tratterà del principio di informalità, che consente, pertanto, un'interpretazione estensiva del concetto di «scritto» di cui all'art. 13.

³² Vedi per tutti B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 73; F. ENDERLEIN - D. MASKOW e H. STROHBACH, *Internationales Kaufrecht*, Berlin, Haufe, 1991, p. 78; R. HERBER e B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, cit. supra, nota 30, p. 71.

³³ Vedi W. WITZ, *Art. 13*, in W. WITZ - H.-C. SALGER e M. LORENZ (a cura di), *International Einheitliches Kaufrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2000, p. 124.

³⁴ Cfr. R. ENDERLEIN - D. MASKOW - H. STROHBACH, *Internationales Kaufrecht*, loc. cit., p. 77; J. O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, 3a ed., L'Aia, Kluwer, 1999, p. 141; F. FERRARI, *The Formal Validity of Contracts for the International Sale of Goods Governed by the CISG - An Overview of Case Law*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2004, p. 86; C. C. NICOLL, *E.D.I. Evidence and the Vienna Convention*, in *Journal of Business Law*, 1995, p. 31.

Anche se si dovesse aderire a quest'ultima tesi, ciò non consentirebbe di dare una risposta uniforme, ogniquale volta la CISG risulterà applicabile, al quesito dell'adeguatezza o meno delle forme di comunicazione elettroniche a soddisfare i requisiti di forma scritta. Esistono opinioni divergenti circa gli effetti che l'art. 13 dovrebbe produrre nei casi in cui si abbia a che fare con uno Stato che ha formulato una riserva ai sensi dell'art. 96. Alcuni autori ritengono che, poiché non è consentito effettuare una riserva nei confronti dell'art. 13, la disposizione in esso contenuta assicura che, anche nel caso in cui risulti applicabile la legge di uno Stato riservatario, i requisiti di forma vigenti in quel Paese saranno soddisfatti mediante l'utilizzo di telex e telegrammi, così come di mezzi informatici, questi ultimi almeno nella misura in cui li si ritenga disciplinati per analogia dall'art. 13³⁵.

In base ad un'impostazione differente, si dovrebbero attribuire all'art. 13 effetti più limitati, sicché l'articolo sarebbe applicabile solo in quelle situazioni in cui la CISG fa essa stessa riferimento al requisito della forma scritta³⁶. Accogliendo questa tesi, non si avrebbe la certezza che le forme di comunicazione elettroniche possano sempre considerarsi «scritti» ai sensi della CISG. Si pensi, ad esempio, al caso in cui risulti applicabile la legge nazionale di uno Stato riservatario ex art. 96: in tale ipotesi, la qualificazione dei mezzi di comunicazione informatici alla stregua di «scritti» dipenderebbe dalla eventualità che la legge di quel Paese li consideri tali.

III. Questioni di diritto sostanziale

Chiedersi se la CISG sia applicabile ai contratti di vendita internazionale conclusi con mezzi informatici è cosa diversa dal chiedersi se le norme di questa Convenzione possano considerarsi adeguate per la contrattazione con mezzi elettronici, in quanto all'applicabilità della CISG non corrisponde necessariamente un'adeguatezza delle sue norme per questa forma di contrattazione. Nei paragrafi seguenti si prenderanno in esame alcune norme della CISG allo scopo di determinare se possono considerarsi adeguate a disciplinare la contrattazione elettronica.

³⁵ Vedi M. JAMETTI-GREIMER, *Der Vertragsabschluss*, in H. HOYER - W. POSCH (a cura di), *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht: Neues Recht für den internationalen Warenkauf*, Wien, Orac, 1992, p. 47; U. MAGNUS, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, Sellier/de Gruyter, 1999, p. 190.

³⁶ Cfr. B. AUDIT, *La vente internationale*, cit. supra, nota 32, p. 73.

1. *Formazione del contratto: in generale*

Le norme che disciplinano la formazione del contratto sono contenute negli articoli che vanno da 14 a 24. Il vantaggio di questi articoli sta nell'aver dato prova di buon funzionamento in ambito internazionale, come dimostrato, tra l'altro, dal fatto che sono stati presi a modello dall'UNIDROIT per i suoi sforzi unificatori, culminati nella creazione dei «Principi per i contratti commerciali internazionali»³⁷. Nonostante il successo riportato dalle norme sulla proposta e sull'accettazione, che va ricondotto alla loro capacità di superare i tradizionali approcci differenti adottati dai vari sistemi giuridici di *civil law* e di *common law*, viene tuttavia da chiedersi se queste norme disciplinano in maniera esaustiva tutte le questioni attinenti alla formazione del contratto, e, di conseguenza, se possano ritenersi adatte a disciplinare la materia della contrattazione elettronica.

Le norme della CISG risultano utili ogniqualvolta il contratto viene concluso mediante proposta ed accettazione. Diviene, però, evidente che questo approccio tradizionale non è in grado di ricomprendere tutti i modi di conclusione del contratto; sia sufficiente ricordare il possibile grado di complessità che sono in grado di raggiungere le trattative, perché basate, ad esempio, sullo scambio di un gran numero di comunicazioni tra le parti e che non possono essere fatte rientrare nella schema proposta-accettazione. Vi è chi ritiene che i contratti conclusi senza che una proposta e un'accettazione siano chiaramente distinguibili non ricadano nell'ambito applicativo della CISG e vadano, pertanto, disciplinati mediante un ricorso al diritto nazionale di volta in volta applicabile³⁸. Secondo un'opinione diversa, la CISG disciplina anche quegli accordi conclusi attraverso un sistema diverso da quello tipico della proposta-accettazione³⁹; il fatto che essi non trovino espressa menzione nella CISG, non dipenderebbe da una loro esclusione dall'ambito di applicazione convenzionale, bensì dalle grandi difficoltà incontrate in sede di redazione nella ricerca di regole adeguate. Così, non diversamente da qualsiasi altra questione che viene disciplinata, ma non espressamente risolta dalla CISG, il problema dell'accordo concluso senza che vi sia un chiaro schema proposta-accettazione deve essere risolto «in conformità con i principi generali su cui essa si basa» (art. 7, comma 1), così come il principio del consenso e quello in base al quale deve essere possibile riconoscere il contenuto minimo richiesto per la conclusione del contratto (che viene identificato nell'art. 14).

³⁷ Vedi gli artt. 2.1 ss. dei Principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali.

³⁸ In questo senso si veda U. HUBER, *Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1979, p. 447.

³⁹ Vedi M. J. BONELL, *Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen*, *RIW*, 1990, p. 695 s.; M. KAROLLUS, *UN-Kaufrecht*, Wien/New York, Springer, 1991, p. 54 s.

Indipendentemente dall'interpretazione che si sceglie di seguire, appare evidente che la CISG non è esaustiva e che, quindi, la sua applicazione potrà creare difficoltà alle parti che cercano di concludere un contratto con mezzi informatici, senza fare uso dello schema tradizionale basato su proposta-accettazione⁴⁰.

2. *Formazione del contratto: proposta e accettazione*

L'art. 14 enuncia i criteri sostanziali che devono sussistere in capo ad una dichiarazione affinché essa possa considerarsi proposta: essa deve essere indirizzata ad una o più persone determinate, deve essere sufficientemente precisa (nel senso che deve indicare i beni e fissarne, o dare indicazioni che consentano di determinarne, la quantità e il prezzo) e deve indicare la volontà del proponente di obbligarsi in caso di accettazione⁴¹.

Ai fini del requisito della precisione della proposta, non rileva in alcun modo il tipo di mezzi di comunicazione utilizzati. In merito al requisito sostanziale non vi sono, in altre parole, problemi intrinseci legati alla forma elettronica utilizzata per la dichiarazione, così come non vi sono problemi intrinseci ad altre forme di comunicazione.

Lo stesso vale anche con riferimento al requisito dell'intenzione del proponente di sentirsi vincolato in caso di accettazione, che serve a distinguere una proposta da un semplice invito a proporre. Solitamente, le pubblicità dei giornali, della radio, della televisione, o contenute in cataloghi, *brochures*, listini prezzi, etc., sono considerate *invitationes ad offerendum*, e, secondo alcuni autori, resterebbero tali anche se dirette ad una specifica categoria di consumatori, poiché nemmeno in questi casi è dato riscontrare in capo al proponente l'intenzione di sentirsi vincolato. Considerazioni analoghe dovrebbero valere per i siti internet abilitati alla vendita di beni, cosicché una società che faccia pubblicità ai suoi beni su *internet* andrebbe considerata come un soggetto che semplicemente sollecita proposte contrattuali da parte di altri soggetti interessati.

Affinché una dichiarazione possa essere ritenuta una proposta contrattuale, essa deve essere rivolta ad uno o più soggetti determinati. Pertanto, i listini prezzi inviati ad un gruppo di soggetti indeterminato non costituiscono proposte contrattuali, anche se i destinatari sono indicati individualmente. Ciò dovrebbe essere vero anche per quanto riguarda i messaggi di posta elettronica, con riferimento ai quali risulta ancora meno problematico l'invio ad un gruppo molto ampio di soggetti determinati.

⁴⁰ V. S. EISELEN, *Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, in *EDI Law Review*, 1999, p. 23-24.

⁴¹ Vedi OGH, 10 novembre 1994, *cit. supra*, nota 21.

Quanto abbiamo appena avuto modo di osservare a proposito della proposta e dei suoi requisiti sostanziali vale, *mutatis mutandis*, anche per l'accettazione.

Ai sensi della CISG, sia la proposta che l'accettazione iniziano a produrre effetto (almeno in genere) dal momento della «ricezione» che viene definita dall'art. 24, in base al quale, «ai fini di questa Parte della Convenzione, una proposta, una dichiarazione di accettazione (...) giunge al destinatario quando gli è rivolta verbalmente o è consegnata con qualsiasi altro mezzo a lui personalmente, presso la sua sede d'affari o al suo recapito postale».

Questa disposizione non sembra creare alcun problema rispetto alle forme tradizionali di comunicazione, come quella orale o documentale, ma cosa dovrà dirsi a proposito di quella per via elettronica? Viene da chiedersi se anche in questo caso l'art. 24 possa ritenersi applicabile senza difficoltà, e la domanda merita una risposta affermativa. La questione verte essenzialmente sulla definizione di «ricezione» del messaggio elettronico, ossia sulla determinazione del momento in cui il messaggio deve considerarsi ricevuto. Si può così affermare che la CISG, e segnatamente l'art. 24, contiene una norma che sembra in grado di operare anche in materia di contrattazione elettronica. Il significato della norma deve soltanto essere specificato in un modo particolare, per poter risultare sufficientemente preciso da rivelarsi utile nella pratica, qualora vengano utilizzati mezzi elettronici.

Lo stesso vale, ovviamente, anche per la regola della spedizione, che, in materia di formazione del contratto, acquista rilievo ad esempio ai sensi dell'art. 16, comma 1, secondo il quale «una proposta può essere revocata se la revoca giunge al destinatario prima che questi abbia inviato l'accettazione». La norma appare adeguata anche in ambito di contrattazione elettronica; essa, però non è sufficientemente specifica da risultare utile in pratica. Mentre appare ovvio quando si possa considerare inviato documento cartaceo, dubbi possono insorgere nel determinare quando un messaggio elettronico deve considerarsi inviato.

Sembra tuttavia esserci un caso in cui l'equiparazione dei messaggi elettronici ad altri messaggi più tradizionali (telegrammi, lettere, telex) può creare problemi, visto che la Convenzione distingue tra questi tipi di comunicazione. Infatti, ai sensi dell'art. 20, comma 1, «il termine di accettazione fissato dal proponente in un telegramma o in una lettera inizia a decorrere dal momento in cui il telegramma è consegnato per la spedizione o dalla data indicata nella lettera o, se non è indicata alcuna data, dalla data che compare sulla busta. Il termine di accettazione fissato dal proponente per telefono, telex, o altri mezzi di comunicazione istantanei inizia a decorrere dal momento in cui la proposta giunge al destinatario». Pertanto, al fine di determinare quando il termine di accettazione comincia a decorrere, bisognerà prima decidere se i messaggi elettronici vadano equiparati ai mezzi di comunicazione istantanei, piuttosto che alle lettere o ai telegrammi.

3. *Efficacia delle comunicazioni rese in conformità con la Parte III della CISG*

A differenza della Parte II della CISG che si fonda sul principio per cui le comunicazioni producono effetto dal momento in cui giungono a destinazione⁴², la Parte III si basa su un principio differente. Nel disporre nella Parte III che «un ritardo o un errore nella trasmissione della comunicazione o il mancato arrivo di essa a destinazione non priva tale contraente del diritto di avvalersene»⁴³, i redattori della CISG hanno dimostrato di abbracciare, almeno secondo quanto sostiene la dottrina maggioritaria⁴⁴, la *dispatch rule*, in quanto spetta al destinatario sopportare il rischio del ritardo, della perdita o dell'alterazione della comunicazione, salvo diverso accordo delle parti o diversa disposizione della CISG⁴⁵.

Non diversamente da quanto avviene rispetto alla teoria della ricezione, il problema consiste nella definizione da darsi al concetto di «spedizione» ai fini della contrattazione elettronica e non nel discutere l'adeguatezza della norma. La norma della CISG è da considerarsi comunque adeguata anche a questo tipo di situazioni, semmai il suo significato dovrà essere opportunamente specificato così da risultare utile per fini pratici.

IV. Conclusioni

Emerge da queste considerazioni che la CISG è applicabile non solo ai contratti conclusi con mezzi di comunicazione tradizionali, ma anche a contratti conclusi con mezzi di comunicazione elettronici. Le norme previste dalla CISG appaiono funzionali anche a questo tipo di contrattazioni, fermo restando che alcune di queste norme, come ad esempio quelle relative all'efficacia delle comunicazioni, possono richiedere un adattamento al diverso contesto elettronico in cui vengono applicate. Ciò non dovrebbe però creare grosse difficoltà, visto che esistono già testi normativi che possono servire da modello, come appunto la Legge modello dell'UNCITRAL sul commercio elettronico.

⁴² Per eccezioni a questo principio, v. ad esempio gli artt. 19, comma 2° e 21, comma 1°.

⁴³ Art. 27.

⁴⁴ Vedi R. HERBER - B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, cit. supra, nota 30, p. 135; v. in giurisprudenza Trib. Padova, cit. supra, nota 7, dove il principio di cui nel testo viene addirittura annoverato fra i principi generali sui quali la Convenzione si basa.

⁴⁵ Vedi, ad esempio, gli artt. 47, comma 2°, 48, comma 2° e comma 3°.

Da quanto è stato detto risulta ulteriormente che l'applicabilità della CISG ai contratti conclusi con mezzi elettronici deve essere tenuta distinta dalla questione se la Convenzione disciplina anche le vendite di beni «virtuali». Come abbiamo osservato in precedenza, i contratti che hanno ad oggetto questi tipi di beni non sembrano potersi considerare vendite, ma licenze. Si deve, pertanto, dubitare che la CISG possa essere applicabile a questi tipi di contratti.

Franco Ferrari*

* Ordinario di diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Verona.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

TRASPORTI AEREI: SULLA COMPETENZA COMUNITARIA A STIPULARE ACCORDI CON I PAESI TERZI

Corte di giustizia

Sentenza del 5 novembre 2002 in causa n. C-467/98*

Commissione delle Comunità europee c. Regno di Danimarca

Art. 52 Trattato CE (divenuto in seguito a modifica 43 CE) - Art. 5 Trattato CE (divenuto art. 10 CE) - Regolamenti (Cee) n. 2299/89, n. 2407/92, n. 2408/92, n. 2409/92, n. 95/93 - Mercato interno del trasporto aereo - Servizi di trasporto aereo - Accordi bilaterali fra Stati membri e Stati Uniti d'America - Competenza esterna della Comunità, diritto di stabilimento - Violazione.

Il Regno di Danimarca, avendo assunto o avendo mantenuto in vigore, nonostante la rinegoziazione dell'accordo del 16 dicembre 1944 tra il Regno di Danimarca e gli Stati Uniti d'America, impegni internazionali con gli Stati Uniti d'America

- relativi alle tariffe aeree praticate dai vettori designati dagli Stati Uniti d'America su rotte intracomunitarie,

- relativi ai sistemi telematici di prenotazione proposti o utilizzati sul territorio danese e

- diretti a riconoscere agli Stati Uniti d'America il diritto di rifiutare o di revocare i diritti di traffico nei casi in cui i vettori aerei designati dal Regno di Danimarca non siano di proprietà di quest'ultimo o di cittadini danesi,

* In *Raccolta*, 2002, I, p. 9519. In argomento v. *infra*, p. 35 ss., il commento di *ALESSANDRO LEGA*.

è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE) e 52 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE) nonché dei regolamenti (Cee) del Consiglio 23 luglio 1992, n. 2409, sulle tariffe aeree per il trasporto di passeggeri e di merci, e 24 luglio 1989, n. 2299, relativo ad un codice di comportamento in materia di sistemi telematici di prenotazione, come modificato dal regolamento (Cee) del Consiglio 29 ottobre 1993, n. 3089.

(Omissis) In diritto¹

Sull'inadempimento risultante dalla violazione della competenza esterna della Comunità

44. La Commissione addebita al Regno di Danimarca una violazione della competenza esterna della Comunità derivante dall'assunzione degli impegni controversi. Essa sostiene al riguardo che tale competenza deriva, da un lato, dalla necessità, ai sensi del parere n. 1/76, del 26 aprile 1977 (*Raccolta*, p. 741), di concludere a livello comunitario un accordo contenente siffatti obblighi e, dall'altro, dal fatto che gli accordi controversi incidono, ai sensi della sentenza 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *Commissione c. Consiglio*, detta «AETS» (*Raccolta*, p. 263), sulle regole adottate dalla Comunità in materia di trasporto aereo.

Sull'asserita esistenza di una competenza esterna della Comunità ai sensi del parere n. 1/76

(Omissis)

¹ *Riassunto dei fatti* – Al termine della seconda guerra mondiale e nell'immediato dopoguerra, numerosi Stati, oggi membri della Comunità, conclusero con gli Stati Uniti d'America accordi bilaterali di ripartizione del traffico aereo. All'inizio degli anni novanta, la Commissione presentò diverse proposte di decisione del Consiglio destinate ad attribuire alla Comunità il potere di negoziare accordi bilaterali di trasporto aereo con gli Stati Uniti e a sostituire gli accordi bilaterali sottoscritti dagli Stati membri, con un accordo unico concluso tra la Comunità e gli Stati Uniti.

Dopo alcuni tentativi andati a vuoto, la Commissione ottenne, nel 1996, un mandato ristretto a negoziare con gli Stati Uniti alcuni elementi dell'accordo. Durante i negoziati, i precedenti accordi sarebbero dovuti rimanere in vigore per garantire la continuità delle relazioni tra Stati membri e Stati Uniti. Con l'attribuzione del mandato a negoziare, la Commissione dichiarò di considerare acquisita la competenza comunitaria in merito ai diritti di traffico aereo. Intanto, a partire del 1992 gli Stati Uniti d'America proposero a vari Stati membri di sostituire i vecchi con nuovi accordi, basati su di un modello denominato *open skies*, caratterizzati da un maggior liberismo rispetto ai precedenti. La Commissione, riaffermata la propria competenza in materia, invitò gli Stati membri a non procedere alla conclusione di tali accordi. Nonostante la raccomandazione della Commissione, diversi Stati membri, tra cui la Danimarca, conclusero tali accordi con gli Stati Uniti, avendo come effetto la presentazione di un ricorso, da parte della Commissione, alla Corte di Giustizia, per violazione del diritto primario e derivato. La Commissione ritenne, infatti, gli accordi *open skies* contrari alle norme poste a tutela del mercato unico e della libertà di stabilimento, sulla base dell'esistenza, nei suddetti accordi, di una clausola relativa alla proprietà ed al controllo delle compagnie aeree, che sancisce il diritto per ciascuna parte contraente di rifiutare il rilascio o revocare una concessione od autorizzazione a una delle compagnie aeree dell'altra parte, se una quota rilevante della proprietà ed il controllo non facciano capo a cittadini di una delle parti contraenti dell'accordo (*n.d.a.*).

Giudizio della Corte

54. Occorre osservare che, per quanto riguarda il trasporto aereo, l'art. 84, n. 2, del Trattato si limita a prevedere un potere di azione della Comunità, che tuttavia subordina a una decisione preliminare del Consiglio.

55. Pertanto, se tale disposizione può essere utilizzata come fondamento giuridico da parte del Consiglio per riconoscere alla Comunità il potere di concludere un accordo internazionale in materia di trasporto aereo in un caso determinato, per contro non si può ritenere che essa fondi di per sé una competenza comunitaria esterna in materia di trasporto aereo.

56. È indubbiamente vero che la Corte ha già statuito che la competenza della Comunità ad assumere impegni internazionali può non soltanto essere attribuita espressamente dal Trattato, ma altresì derivare implicitamente dalle sue disposizioni. Tale competenza esterna implicita esiste non solo in tutti i casi in cui i poteri inerenti alla competenza interna siano stati già esercitati al fine di adottare provvedimenti destinati all'attuazione delle politiche comuni, ma anche qualora i provvedimenti comunitari di carattere interno vengano emanati solo in occasione della stipulazione e dell'attuazione dell'accordo internazionale. Pertanto, la competenza ad impegnare la Comunità nei confronti dei Paesi terzi può derivare, implicitamente, dalle disposizioni del Trattato relative alla competenza interna, se e in quanto la partecipazione della Comunità all'accordo internazionale sia necessaria alla realizzazione di uno degli obiettivi di quest'ultima (v. parere n. 1/76, *cit.*, punti 3 e 4).

57. Nella sua giurisprudenza successiva, la Corte ha precisato che l'ipotesi contemplata nel citato parere n. 1/76 è quella in cui la competenza interna può essere esercitata utilmente soltanto contemporaneamente alla competenza esterna (parere n. 1/94, *cit.*, punto 89), quando cioè è necessaria la conclusione di un accordo internazionale per realizzare determinati obiettivi del Trattato che non possono essere raggiunti mediante l'instaurazione di norme autonome.

58. Ciò non si verifica nel caso di specie.

59. Infatti, nessuna disposizione del Trattato impedisce alle istituzioni di organizzare, mediante le norme comuni da esse adottate, azioni concertate nei confronti degli Stati Uniti d'America o di prescrivere i comportamenti che gli Stati membri devono adottare verso l'esterno, al fine di ovviare alle discriminazioni o alle distorsioni di concorrenza che potrebbero risultare dall'applicazione degli impegni assunti con gli Stati Uniti d'America da taluni Stati membri nell'ambito degli accordi detti di «open sky» (v. in tal senso, parere n. 1/94, *cit.*, punto 79). Non è quindi provato che, date siffatte discriminazioni o distorsioni di concorrenza, gli obiettivi del Trattato nel settore del trasporto aereo non possano essere conseguiti mediante l'instaurazione di norme autonome.

60. D'altronde, il Consiglio nel 1992 ha potuto adottare il «terzo pacchetto» che, secondo la Commissione, ha realizzato il mercato interno del trasporto aereo fondato sulla libera prestazione dei servizi, senza che all'epoca sia apparso necessario ricorrere, a tale scopo, alla conclusione, da parte della Comunità, di un accordo con gli Stati Uniti d'America in materia di trasporto aereo. Al contrario, dal fascicolo emerge che il Consiglio, che in base al Trattato ha facoltà di operare in materia di trasporto aereo e di definire la portata dell'intervento della Comunità in tale contesto, non ha ritenuto

necessario condurre negoziati con gli Stati Uniti d'America a livello comunitario (v. punto 18 della presente sentenza). Solo nel giugno 1996, quindi successivamente all'esercizio della competenza interna, il Consiglio ha autorizzato la Commissione a negoziare con gli Stati Uniti d'America un accordo in materia di trasporto aereo, accordandole a tale scopo un mandato ristretto, pur avendo peraltro cura di precisare, nella dichiarazione comune del 1996 formulata dallo stesso e dalla Commissione, che il sistema delle convenzioni bilaterali con detto Paese sarebbe stato mantenuto fino alla conclusione di un nuovo accordo diretto a vincolare la Comunità (v. punti 19 e 20 della presente sentenza).

61. La constatazione esposta ai punti precedenti non può essere rimessa in questione dal fatto che, negli atti adottati dal Consiglio con riferimento al mercato interno del trasporto aereo, esistano talune disposizioni relative ai cittadini di Paesi terzi (v., ad esempio, punti 12-14 della presente sentenza). A causa del carattere relativamente limitato di tali disposizioni, non si può dedurre dalle stesse, a differenza di quanto sostenuto dalla Commissione, che la realizzazione della libera prestazione dei servizi in materia di trasporto aereo a favore dei cittadini degli Stati membri sia indissolubilmente legata alla disciplina da riservare nella Comunità ai cittadini di Paesi terzi o nei Paesi terzi ai cittadini degli Stati membri.

62. Ne consegue che, nella fattispecie, non si è in presenza di una situazione in cui la competenza interna poteva essere esercitata utilmente soltanto in via contestuale rispetto alla competenza esterna.

63. Tenuto conto di quanto sopra illustrato, si deve constatare che, all'epoca in cui il Regno di Danimarca ha concordato con gli Stati Uniti d'America alcune modifiche apportate nel 1995, la Comunità non poteva sostenere l'esistenza di una competenza esterna esclusiva ai sensi del citato parere n. 1/76 per concludere un accordo di trasporto aereo con tale Paese.

64. Pertanto, l'inadempimento relativo alla violazione di tale competenza da parte del Regno di Danimarca è infondato.

Sull'asserita esistenza di una competenza esterna della Comunità ai sensi della giurisprudenza AETS

(Omissis)

Giudizio della Corte

75. Si deve rammentare che, come veniva già affermato ai punti 54 e 55 della presente sentenza, se è vero che l'art. 84, n. 2, del Trattato non fonda una competenza comunitaria esterna in materia di trasporto aereo, ciò non toglie che esso preveda un potere di azione della Comunità in tale settore, pur subordinandolo a una decisione preliminare del Consiglio.

76. D'altronde, il Consiglio si è avvalso di tale disposizione quale fondamento normativo per l'adozione del «terzo pacchetto» normativo in materia di trasporto aereo.

77. Orbene, la Corte ha già statuito, ai punti 16-18 e 22 della citata sentenza *AETS*, che la competenza della Comunità a concludere accordi internazionali deriva non solo da un'espressa previsione del Trattato, ma può desumersi anche da altre di-

sposizioni dello stesso e da atti adottati, in forza di queste disposizioni, dalle istituzioni della Comunità; che, in particolare, tutte le volte che, per la realizzazione di una politica comune prevista dal Trattato, la Comunità ha adottato disposizioni contenenti, sotto qualsivoglia forma, norme comuni, gli Stati membri non hanno più il potere - né individualmente, né collettivamente - di contrarre con gli Stati terzi obblighi che incidano su dette norme o che ne alterino la portata, e che, infatti, a mano a mano che queste norme comuni vengono adottate, la Comunità sola è in grado di assumere e di adempiere - con effetto per l'intera sfera in cui vige l'ordinamento giuridico comunitario - gli impegni contratti nei confronti di Paesi terzi.

78. Atteso che tale analisi implica il riconoscimento di una competenza esterna esclusiva per la Comunità in conseguenza dell'adozione di atti interni, occorre interrogarsi sulla questione se essa trovi applicazione anche nell'ambito di una disposizione come l'art. 84, n. 2, del Trattato, che attribuisce al Consiglio il potere di decidere «se, in quale misura e con quale procedura potranno essere prese opportune disposizioni» per il trasporto aereo, compreso, quindi, il traffico esterno.

79. Si deve osservare a tale riguardo che, se gli Stati membri fossero liberi di assumere impegni internazionali atti a incidere sulle norme comuni adottate sul fondamento dell'art. 84, n. 2, del Trattato, questo comprometterebbe la realizzazione della finalità perseguita dalle suddette norme e impedirebbe quindi alla Comunità di adempiere il proprio compito nella tutela dell'interesse comune.

80. Di conseguenza, le constatazioni effettuate dalla Corte nella citata sentenza *AETS* sono valide anche qualora il Consiglio, come nella fattispecie, abbia adottato norme comuni sul fondamento dell'art. 84, n. 2, del Trattato.

81. Occorre ancora definire a quali condizioni gli accordi internazionali presi in considerazione possano incidere sulla portata delle norme comuni o alterare la stessa e, di conseguenza, stabilire in che termini la Comunità acquisisca una competenza esterna grazie all'esercizio della sua competenza interna.

82. Secondo la giurisprudenza della Corte, questo si verifica quando gli accordi internazionali rientrano nell'ambito di applicazione delle norme comuni (sentenza *AETS*, *cit.*, punto 30) o comunque di un settore già in gran parte disciplinato da tali norme (parere n. 2/91, *cit.*, punto 25). In quest'ultima ipotesi, la Corte ha statuito che gli Stati membri non possono, se non tramite le istituzioni comuni, assumere impegni internazionali, e ciò anche se non vi siano contraddizioni tra questi ultimi e le norme comuni (parere n. 2/91, *cit.*, punti 25 e 26).

83. Pertanto, allorché la Comunità include nei suoi atti legislativi interni clausole relative al trattamento da riservare ai cittadini di Paesi terzi o conferisce espressamente alle proprie istituzioni una competenza a negoziare con i Paesi terzi, essa acquista una competenza esterna esclusiva in misura corrispondente ai suddetti atti (citati pareri n. 1/94, punto 95, e n. 2/92, punto 33).

84. Lo stesso vale, anche in mancanza di clausola espressa che autorizzi le istituzioni a negoziare con i Paesi terzi, quando la Comunità realizza un'armonizzazione completa in un determinato settore, poiché il mantenimento da parte degli Stati membri di una certa libertà di negoziare coi Paesi terzi potrebbe incidere, ai sensi della precitata sentenza *AETS*, sulle norme comuni così adottate (v. citati pareri n. 1/94, punto 96, e n. 2/92, punto 33).

85. Per contro, dal ragionamento esposto ai punti 78 e 79 del citato parere n. 1/94 emerge che le eventuali distorsioni di flussi di servizi nel mercato interno che possono derivare da accordi bilaterali detti di «open sky», conclusi dagli Stati membri con Paesi terzi, non incidono di per sé sulle norme comuni adottate in tale settore e non possono quindi fondare una competenza esterna della Comunità.

86. Infatti nessuna disposizione del Trattato impedisce alle istituzioni di organizzare, mediante le norme comuni da esse adottate, azioni concertate nei confronti di Paesi terzi o di prescrivere i comportamenti che gli Stati membri devono adottare verso l'esterno (parere n. 1/94, *cit.*, punto 79).

87. È alla luce di tali considerazioni che occorre valutare se gli impegni internazionali assunti dal Regno di Danimarca possano incidere sulle norme comuni menzionate dalla Commissione nell'ambito del ricorso di cui trattasi.

88. È pacifico che gli accordi controversi comportano uno scambio di diritti di quinta libertà in forza del quale una compagnia aerea designata dagli Stati Uniti d'America ha il diritto di trasportare passeggeri tra il Regno di Danimarca e un altro Stato membro dell'Unione europea in occasione di un volo avente origine o destinazione negli Stati Uniti d'America. La Commissione sostiene, anzitutto, che tale impegno, considerato segnatamente nel contesto dell'effetto cumulato prodotto dall'insieme degli impegni bilaterali di questo tipo assunti dagli Stati membri con gli Stati Uniti d'America, poiché consente ai vettori aerei di quest'ultimo Stato di volare su rotte intracomunitarie senza dover soddisfare i requisiti previsti dal regolamento n. 2407/92, incide su tale regolamento nonché sul regolamento n. 2408/92.

89. Tale argomento deve essere respinto.

90. Come risulta dal suo titolo e dal suo art. 3, n. 1, il regolamento n. 2408/92 riguarda l'accesso alle rotte intracomunitarie dei soli vettori aerei comunitari, definiti dall'art. 2, lett. *b.*, di detto regolamento come i vettori aerei titolari di una licenza d'esercizio valida rilasciata da uno Stato membro in forza del regolamento n. 2407/92. Secondo quanto emerge dai suoi artt. 1, n. 1, e 4, quest'ultimo regolamento sancisce i criteri per il rilascio, da parte degli Stati membri, delle licenze d'esercizio relative ai vettori aerei stabiliti nella Comunità che, fatti salvi gli accordi e le convenzioni di cui la Comunità è parte contraente, sono di proprietà, direttamente o attraverso una partecipazione di maggioranza, di Stati membri e/o di cittadini di Stati membri e sono effettivamente controllati da questi Stati o da questi cittadini, nonché i criteri per il mantenimento in vigore delle suddette licenze.

91. Ne consegue che il regolamento n. 2408/92 non disciplina la concessione di diritti di traffico su rotte intracomunitarie a vettori extracomunitari. Parimenti, il regolamento n. 2407/92 non regola le licenze di esercizio dei vettori aerei extracomunitari che operano all'interno della Comunità.

92. Dato che gli accordi internazionali controversi non appartengono a un settore già disciplinato dai regolamenti nn. 2407/92 e 2408/92, non si può ritenere che incidano sui suddetti regolamenti per il motivo dedotto dalla Commissione.

93. Inoltre, il fatto stesso che tali due regolamenti non disciplinino la situazione dei vettori aerei di Paesi terzi operanti all'interno della Comunità prova che, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, il «terzo pacchetto» normativo non ha carattere compiuto.

94. La Commissione osserva, successivamente, che le discriminazioni e le distorsioni di concorrenza derivanti dagli accordi internazionali controversi, considerati nel loro effetto cumulato determinato dagli impegni internazionali corrispondenti assunti da altri Stati membri, incidono sul funzionamento normale del mercato interno del trasporto aereo.

95. Tuttavia, come si è osservato al punto 85 della presente sentenza, tale genere di situazioni non incide sulle norme comuni e, quindi, non può fondare una competenza esterna della Comunità.

96. La Commissione sostiene, infine, che la legislazione comunitaria da essa invocata contiene numerose disposizioni relative ai Paesi terzi e ai vettori aerei dei Paesi terzi. Sarebbe questo il caso, in particolare, dei regolamenti n. 2409/92, n. 2299/89 e n. 95/93.

97. A tale riguardo, si deve rilevare, in primo luogo, che, ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. *a.*, del regolamento n. 2409/92, quest'ultimo non si applica alle tariffe aeree passeggeri e merci dei vettori aerei extracomunitari, ma tale restrizione viene peraltro formulata indicando che è «fatto salvo il paragrafo 3» dello stesso articolo. A norma dell'art. 1, n. 3, del regolamento n. 2409/92, solo i vettori aerei comunitari sono autorizzati a introdurre nuovi prodotti o tariffe ridotte rispetto a quelle esistenti per prodotti identici.

98. Dalla combinazione di tali disposizioni risulta che il regolamento n. 2409/92, in modo indiretto ma certo, ha vietato ai vettori aerei di Paesi terzi operanti nella Comunità di introdurre nuovi prodotti o tariffe ridotte rispetto a quelle esistenti per prodotti identici. Procedendo in tal modo, il legislatore comunitario ha limitato la libertà tariffaria di tali vettori qualora garantiscano rotte intracomunitarie in forza dei diritti di quinta libertà di cui dispongono. Di conseguenza, la Comunità, in misura corrispondente a quanto prescritto dall'art. 1, n. 3, del regolamento n. 2409/92, ha acquisito la competenza esclusiva ad assumere con i Paesi terzi gli impegni che si riferiscono a tale limitazione della libertà tariffaria dei vettori extracomunitari.

99. Ne consegue che, dall'entrata in vigore del regolamento n. 2409/92, il Regno di Danimarca non poteva più assumere da solo impegni internazionali riguardanti le tariffe applicabili su rotte intracomunitarie da vettori di Paesi terzi.

100. Orbene, dal fascicolo emerge che il Regno di Danimarca ha assunto un impegno di questo tipo in forza delle modifiche apportate nel 1995 all'art. 9 dell'accordo del 1944, che è stato riscritto. Procedendo in tal modo, detto Stato membro ha quindi violato la competenza esterna esclusiva della Comunità derivante dall'art. 1, n. 3, del regolamento n. 2409/92.

101. Tale constatazione non può essere rimessa in questione dal fatto che il suddetto art. 9 impone, per i trasporti aerei ai quali si applica il regolamento n. 2409/92, l'osservanza di tale regolamento. Infatti, per quanto lodevole sia stata questa iniziativa del Regno di Danimarca diretta a preservare l'applicazione del regolamento n. 2409/92, è tuttavia evidente che l'inadempimento di tale Stato membro risulta dal fatto che esso non era autorizzato ad assumere da solo un siffatto impegno, anche se il contenuto di quest'ultimo non è in contrasto con il diritto comunitario.

102. In secondo luogo, dagli artt. 1 e 7 del regolamento n. 2299/89 emerge che tale regolamento si applica, a condizione di reciprocità, anche ai cittadini di Paesi

terzi, quando propongono o utilizzano un CRS sul territorio della Comunità.

103. Mediante tale regolamento, la Comunità ha quindi acquisito la competenza esclusiva ad assumere con i Paesi terzi gli obblighi relativi ai CRS proposti o utilizzati sul suo territorio.

104. Orbene, è indiscusso che le modifiche apportate nel 1995 all'accordo del 1944 hanno comportato che a quest'ultimo venisse annesso un allegato III riguardante i principi relativi ai CRS, compresi quelli che si applicano ai CRS proposti o utilizzati sul territorio del Regno di Danimarca. Con tale operato, detto Stato membro ha violato la competenza esterna esclusiva della Comunità derivante dal regolamento n. 2299/89.

105. Il fatto che nel *memorandum* per le consultazioni del 26 aprile 1995, allegato all'accordo contenente le modificazioni concordate, venga indicato che il suddetto allegato III potrà essere applicato solo qualora le sue disposizioni non entrino in conflitto con le disposizioni comunitarie interessate non è tale da rimettere in questione la constatazione effettuata al punto precedente. Infatti, l'inadempimento del Regno di Danimarca emerge dal fatto stesso ch'esso ha assunto gli impegni internazionali in materia di CRS menzionati al punto precedente.

106. Infine, in terzo luogo, come è stato sottolineato al punto 14 della presente sentenza, il regolamento n. 95/93, relativo all'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, si applica, a condizione di reciprocità, ai vettori aerei di Paesi terzi e, pertanto, la Comunità dispone, dall'entrata in vigore di tale regolamento, di una competenza esclusiva a concludere con Paesi terzi accordi relativi a tale settore.

107. Tuttavia, come l'Avvocato Generale ha giustamente osservato al par. 107 delle sue conclusioni, la Commissione non ha affatto dimostrato che la clausola relativa alla concorrenza leale figurante all'art. 10 dell'accordo del 1944, come modificato nel 1995, trovi applicazione anche per quanto riguarda l'allocazione delle bande orarie, secondo quanto essa sostiene.

108. Infatti, come la Commissione ha affermato nel ricorso, il suddetto art. 10 include, al punto *a.*, una disposizione generale diretta a garantire ai vettori aerei delle due parti contraenti le stesse possibilità di concorrenza. La formulazione generale di tale clausola non consente, in mancanza di elementi rilevanti che attestino con chiarezza la volontà delle due parti, di desumerne un impegno in materia di allocazione di bande orarie contratto dal Regno di Danimarca. Orbene, la Commissione ha invocato, a sostegno della propria asserzione, solo un rapporto dell'amministrazione statunitense secondo cui clausole di quel tipo normalmente disciplinano anche l'assegnazione delle bande orarie.

109. Di conseguenza, l'inadempimento contestato al Regno di Danimarca per il motivo sopra dedotto appare infondato.

110. L'art. 5 del Trattato impone agli Stati membri di agevolare la Comunità nell'adempimento dei propri compiti e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato.

111. Nel settore delle relazioni esterne, la Corte ha statuito che i compiti della Comunità e gli scopi del Trattato sarebbero compromessi nel caso in cui gli Stati membri potessero contrarre impegni internazionali comprendenti norme atte a inci-

dere su disposizioni adottate dalla Comunità o ad alterarne la portata (v. parere n. 2/91, *cit.*, punto 11; v. anche, in tal senso, sentenza *AETS, cit.*, punti 21 e 22).

112. Dalle considerazioni che precedono risulta che il Regno di Danimarca, avendo assunto impegni internazionali riguardanti le tariffe aeree praticate dai vettori designati dagli Stati Uniti d'America su rotte intracomunitarie nonché i CRS proposti o utilizzati sul territorio danese, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 5 del Trattato nonché dei regolamenti n. 2409/92 e n. 2299/89.

Sull'inadempimento derivante dalla violazione dell'art. 52 del Trattato

(Omissis)

Giudizio della Corte

122. Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 52 del Trattato nella fattispecie, occorre osservare che tale disposizione, la cui violazione viene addebitata al Regno di Danimarca, si applica in materia di trasporto aereo.

123. Infatti, mentre l'art. 61 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 51 CE) esclude l'applicazione delle disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi ai servizi di trasporto, dato che questi ultimi sono regolati dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti, nessun articolo del Trattato esclude l'applicazione a detto settore delle disposizioni relative alla libertà di stabilimento.

124. L'art. 52 del Trattato è idoneo, in particolare, ad essere applicato alle compagnie aeree stabilite in uno Stato membro che forniscono servizi di trasporto aereo tra uno Stato membro e un Paese terzo. Tutte le società stabilite in uno Stato membro ai sensi dell'art. 52 del Trattato sono soggette a tale disposizione, anche qualora l'oggetto della loro attività in tale Stato consista nella prestazione di servizi verso Paesi terzi.

125. Per quanto riguarda la questione se il Regno di Danimarca abbia violato l'art. 52 del Trattato, occorre rammentare che, a termini di tale norma, la libertà di stabilimento implica l'accesso alle attività non subordinate ed il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese, e segnatamente di società ai sensi dell'art. 58, secondo comma, del Trattato CE (divenuto art. 48, secondo comma, CE) alle condizioni previste dalle leggi dello Stato membro di stabilimento nei confronti dei propri cittadini.

126. Gli artt. 52 e 58 del Trattato garantiscono pertanto l'applicazione del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante ai cittadini comunitari che abbiano esercitato la libertà di stabilimento e alle società ad essi equiparate (v. sentenza 21 settembre 1999 in causa n. C-307/97, *Saint-Gobain ZN, Raccolta*, I, p. 6161, punto 35), e questo sia per quanto riguarda l'accesso ad un'attività professionale in occasione di un primo stabilimento sia per quanto attiene all'esercizio di detta attività da parte della persona stabilita nello Stato membro ospitante.

127. La Corte ha pertanto statuito che il principio del trattamento nazionale impone allo Stato membro che abbia stipulato con un Paese terzo una convenzione internazionale bilaterale per evitare la doppia imposizione di concedere ai centri di attività stabili di società aventi sede in un altro Stato membro le agevolazioni previste dalla suddetta convenzione alle stesse condizioni praticate alle società con sede nello

Stato membro contraente (v. sentenze *Saint-Gobain ZN, cit.*, punto 59, e 15 gennaio 2002 in causa n. C-55/00, *Gottardo, Raccolta*, I, p. 413, punto 32).

128. Nella fattispecie, la clausola relativa alla proprietà e al controllo delle compagnie aeree consente in particolare agli Stati Uniti d'America di rifiutare o di revocare una concessione o un'autorizzazione ad una compagnia aerea designata dal Regno di Danimarca ma di cui una quota rilevante della proprietà e l'effettivo controllo non facciano capo a tale Stato membro o a cittadini danesi o statunitensi.

129. Non vi è alcun dubbio che le compagnie aeree stabilite nel Regno di Danimarca di cui una quota rilevante della proprietà e l'effettivo controllo di cui facciano capo a uno Stato membro diverso dal Regno di Danimarca o a cittadini di un tale Stato membro (in prosieguo: le «compagnie aeree comunitarie») possono essere pregiudicate da tale clausola.

130. Per contro, dalla formulazione della suddetta clausola emerge che gli Stati Uniti d'America, in via di principio, sono tenuti ad accordare le richieste concessioni o autorizzazioni alle compagnie aeree di cui una quota rilevante della proprietà e l'effettivo controllo facciano capo al Regno di Danimarca o a cittadini danesi (in prosieguo: le «compagnie aeree danesi»).

131. Da quanto precede deriva che le compagnie aeree comunitarie possono sempre essere escluse dall'applicazione dell'accordo di trasporto aereo stipulato tra il Regno di Danimarca e gli Stati Uniti d'America, laddove le compagnie aeree danesi beneficino di tale applicazione. Di conseguenza, le compagnie aeree comunitarie subiscono una discriminazione che impedisce loro di beneficiare del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, vale a dire il Regno di Danimarca.

132. Contrariamente a quanto sostiene quest'ultimo, tale discriminazione trova direttamente la propria origine non nell'eventuale comportamento degli Stati Uniti d'America ma nella clausola relativa alla proprietà e al controllo delle compagnie aeree che riconosce proprio agli Stati Uniti d'America il diritto di adottare un siffatto comportamento.

133. Ne consegue che la clausola relativa alla proprietà e al controllo delle compagnie aeree è contraria all'art. 52 del Trattato.

134. Alla luce di tale constatazione, è irrilevante il fatto che clausole di questa natura siano tradizionalmente inserite in accordi bilaterali in materia di trasporto aereo e che mirino a preservare il diritto di un Paese terzo di accordare diritti di traffico sul proprio spazio aereo solo su una base di reciprocità. Infatti, l'inadempimento contestato al Regno di Danimarca risulta nella fattispecie dal fatto che esso, comunque, ha mantenuto in vigore, al momento della rinegoziazione dell'accordo del 1944, una clausola che viola i diritti derivanti per le compagnie aeree comunitarie dall'art. 52 del Trattato.

135. Per quanto riguarda l'argomento del Governo danese diretto a giustificare la clausola relativa alla proprietà e al controllo delle compagnie aeree, occorre rammentare che, secondo una costante giurisprudenza, il ricorso alle giustificazioni fondate su motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, previste dall'art. 56 del Trattato, presuppone la necessità di preservare una misura discriminatoria (*rectius*: discriminatoria, *n.d.r.*) al fine di far fronte ad una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività (v., in tal senso, sentenze

27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, *Raccolta*, p. 1999, punto 35; 29 ottobre 1998 in causa n. C-114/97, *Commissione c. Spagna*, *Raccolta*, I, p. 6717, punto 46, e 19 gennaio 1999 in causa n. C-348/96, *Calfa*, *Raccolta*, I, p. 11, punto 21). Ne risulta che deve esistere un nesso diretto tra tale minaccia che, del resto, deve essere attuale, e la misura discriminatoria adottata per farvi fronte (v., in tal senso, sentenze 26 aprile 1988 in causa n. 352/85, *Bond van Adverteerders e a.*, *Raccolta*, p. 2085, punto 36, e *Calfa, cit.*, punto 24).

136. Nella fattispecie si deve constatare che la clausola relativa alla proprietà e al controllo delle compagnie aeree non limita la facoltà di rifiutare o revocare una concessione o un'autorizzazione a una compagnia aerea designata dall'altra parte ai soli casi in cui tale compagnia rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o per la pubblica sicurezza della parte che accorda le suddette concessioni o autorizzazioni.

137. Comunque, non esiste alcun nesso diretto tra la minaccia, per di più ipotetica, per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza del Regno di Danimarca che la designazione di una compagnia aerea da parte degli Stati Uniti d'America potrebbe rappresentare e la discriminazione generalizzata nei riguardi delle compagnie aeree comunitarie.

138. Di conseguenza, la giustificazione dedotta dal Regno di Danimarca ai sensi dell'art. 56 del Trattato deve essere respinta.

139. Pertanto, l'inadempimento contestato al Regno di Danimarca a norma dell'art. 52 del Trattato risulta fondato.

140. Alla luce dell'insieme delle considerazioni sopra illustrate, si deve dichiarare che il Regno di Danimarca, avendo assunto o avendo mantenuto in vigore, nonostante la rinegoziazione dell'accordo del 1944, impegni internazionali con gli Stati Uniti d'America

- relativi alle tariffe aeree praticate dai vettori designati dagli Stati Uniti d'America su rotte intracomunitarie,

- relativi ai CRS proposti o utilizzati sul territorio danese e

- diretti a riconoscere agli Stati Uniti d'America il diritto di rifiutare o di revocare i diritti di traffico nei casi in cui i vettori aerei designati dal Regno di Danimarca non siano di proprietà di quest'ultimo o di cittadini danesi,

è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 5 e 52 del Trattato nonché dei regolamenti n. 2409/92 e n. 2299/89.

(Omissis)

LA COMPETENZA ESTERNA DELLA COMUNITÀ IN MATERIA DI TRASPORTO AEREO

Sommario: **1.** *Introduzione* - **2.** *La competenza interna della Comunità in materia di trasporto aereo* - **3.** *La competenza esterna della Comunità in materia di trasporto aereo prima delle sentenze open skies: il sistema degli accordi bilaterali* - **4.** *Gli accordi open skies con gli Stati Uniti* - **5.** *Le pronunce della Corte di giustizia sugli accordi open skies* - **6.** *Segue: La competenza esterna della Comunità ai sensi del parere n. 1/76* - **7.** *Segue: Il principio sancito dalla sentenza AETS* - **8.** *Segue: La «clausola della proprietà e del controllo delle compagnie aeree» e il diritto di stabilimento* - **9.** *Conseguenze della sentenza open skies sulla competenza esterna della Comunità in materia di trasporto aereo* - **10.** *Verso un mercato globale del trasporto: il futuro accordo UE-USA.*

1. Introduzione

Il 18 dicembre 1998, la Commissione europea presentava un ricorso alla Corte di giustizia, volto a far dichiarare che gli accordi bilaterali di ripartizione del traffico aereo, tra gli Stati Uniti d'America e otto Paesi membri della Comunità europea¹, risultavano stipulati in violazione degli artt. 10 e 43 del Trattato CE e del diritto derivato emanato sulla base del suddetto Trattato.

Il ricorso era l'ultimo atto, in ordine di tempo, di una controversia sorta tra la Commissione ed alcuni Stati membri in relazione al riconoscimento in capo alla Comunità europea di una competenza esterna esclusiva a stipulare accordi sul traffico aereo tra aeroporti comunitari e aeroporti di Paesi terzi.

¹ Regno Unito, causa n. C-466/98; Danimarca, causa n. C-467/98; Svezia, causa n. C-468/98; Finlandia, causa n. C-469/98; Belgio, causa n. C-471/98; Lussemburgo, causa n. C-472/98; Austria, causa n. C-475/98; Germania, causa n. C-476/98. L'analisi della Corte nel ricorso contro il Regno Unito si discosta parzialmente rispetto alle successive cause poiché il Regno Unito non ha concluso con gli Stati Uniti d'America un accordo inquadabile nel modello *open skies*.

Prima di entrare nel merito delle contestazioni sollevate con il ricorso in questione, appare opportuno, al fine di fornire un quadro più completo della vicenda, richiamare brevemente le fasi più rilevanti del processo di creazione del mercato comunitario del trasporto aereo, essendo su questo presupposto che la Corte di giustizia ha individuato l'esistenza della competenza esterna della Comunità in materia.

2. La competenza interna della Comunità in materia di trasporto aereo

I trasporti – disciplinati nel Titolo V (già Titolo IV)² del Trattato istitutivo della Comunità – rientrano tra le politiche fondamentali della Comunità fin dalla sua fondazione.

Tuttavia al momento della creazione della Comunità, gli Stati membri adottarono norme comuni solamente riguardo ai trasporti ferroviari, stradali e per vie navigabili interne, lasciando alla discrezione del Consiglio la possibilità, con deliberazione a maggioranza qualificata, di fissare regole uniformi in materia di trasporto marittimo ed aereo³.

La mancata applicazione diretta delle norme del Titolo V del Trattato ai trasporti aerei e marittimi fu giustificata dai redattori, con la convinzione che la concorrenza tra gli Stati fondatori della Comunità non potesse essere falsata dai differenti regimi giuridici nazionali della navigazione marittima ed aerea a causa del limitato impatto di queste modalità di trasporto nell'interscambio tra gli Stati membri che, data la loro rispettiva collocazione geografica, era basato principalmente sui trasporti terrestri. Viceversa, i trasporti aerei e marittimi erano destinati, principalmente, ai collegamenti di lungo raggio, sovente da e verso Paesi extraeuropei, ponendo, pertanto, la necessità di stipulare accordi su scala mondiale piuttosto che regionale. In aggiunta a ciò, l'aviazione commerciale, nel periodo di fondazione della Comunità, stava muovendo i primi passi e, per consolidarsi, necessitava di azioni di supporto da parte degli Stati membri, che le nascenti istituzioni, con le loro giovani e limitate risorse, non sarebbero state in grado di garantire.

Tuttavia, se le ragioni dell'esclusione dell'applicazione al trasporto aereo delle norme del Titolo V potevano, allora, apparire comprensibili, più complessa, invece, si rivelò la definizione della portata di tale eccezione, con

² Divenuto Titolo V a seguito delle modifiche introdotte con il Trattato di Amsterdam, in vigore dal 1° maggio 1999, e mantenute inalterate, per quanto concerne i trasporti, con la successiva entrata in vigore del Trattato di Nizza il 1° febbraio 2003.

³ Art. 84 Trattato (divenuto art. 80 TCE): «1. Le disposizioni del presente Titolo si applicano ai trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili. 2. Il Consiglio, con deliberazione a maggioranza qualificata, potrà decidere se, in quale misura e con quale procedura potranno essere prese opportune disposizioni per la navigazione marittima e aerea (...)». Sul punto si veda CERRUTI - CHIRCO, *La disciplina comunitaria dei traffici marittimi internazionali di linea*, Genova, Bozzi, 1996.

quattro diverse tesi proposte dalla dottrina⁴. La prima tesi identificò nell'art. 80, n. 2, TCE una volontà del legislatore comunitario di escludere la disciplina aerea e marittima dall'applicazione delle norme del Trattato esterne al Titolo V, contrapponendosi ad una seconda tesi secondo cui, viceversa, le norme diverse da quelle proprie del Titolo medesimo sarebbero state applicabili anche ai suddetti trasporti⁵. La terza tesi confermò l'applicabilità delle norme del Trattato esterne al Titolo V, con l'esclusione, però, delle norme disciplinanti direttamente il trasporto di merci e persone in senso stretto, vale a dire di tutte quelle norme destinate a regolare l'attività del vettore. Infine una quarta ed ultima tesi, ricollegandosi alla precedente, individuò nel testo dell'art. 80, n. 2, l'attribuzione al Consiglio non di un mero potere, ma di un vero e proprio dovere di adottare una politica comune in materia di trasporto aereo e marittimo in data da destinarsi. In pratica, i sostenitori di tale tesi interpretarono il tenore della norma come un compromesso tra gli stipulanti, volto ad estendere l'applicazione del Trattato, nella sua interezza, alla navigazione aerea e marittima, con l'eccezione di prevedere una sospensione temporanea dell'applicazione delle norme destinate a favorire l'apertura alla concorrenza in tali settori⁶.

Questa molteplicità d'opinioni della dottrina rifletteva la diversità di vedute esistente tra i vari Stati fondatori della Comunità, sostenitori di due diverse interpretazioni in relazione all'individuazione delle norme del Trattato applicabili ai trasporti. Francia, Germania, Lussemburgo ed in parte il Belgio consideravano le norme del Titolo V come istituenti un regime giuridico speciale, volto ad escludere l'applicazione di tutte le altre norme del Trattato ai trasporti. Di diverso avviso erano l'Italia e l'Olanda, che, assieme alla Commissione, fondavano la loro interpretazione sul «principio di universalità», in forza del quale tutte le norme del Trattato dovevano ritenersi applicabili ai trasporti, eccezion fatta per le disposizioni del Titolo V, in quanto deroghe alle regole generali del Trattato per meglio riflettere la specificità del settore⁷. Questa diversità di vedute dette origine ad un'accesa discussione tra la Commissione ed il Consiglio, essendo prevalsa in seno a quest'ultimo, la

⁴ BELLIENI, in QUADRI - MONACO - TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al Trattato CEE*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 589. Per un approfondimento sulle quattro tesi si veda inoltre, SANTONIRIOGIU, *Le norme del Trattato di Roma in materia di trasporti*, in *TP*, marzo, aprile, giugno 1963.

⁵ Tale tesi si fonda sull'assunto che l'art. 80, n. 2, TCE esclude esplicitamente l'applicazione ai trasporti marittimi ed aerei, in assenza di decisioni del Consiglio, delle sole norme del Titolo V, senza fare alcuna menzione delle altre disposizioni del Trattato. In tal caso costituendo un'eccezione alle disposizioni del Trattato, l'art. 80, n. 2, andrebbe interpretato restrittivamente consentendo, quindi, l'applicazione di tutte le altre norme anche ai trasporti aerei e marittimi.

⁶ Per un più esaustivo quadro della tesi si veda, ERDMENGER, *Die Anwendung des EWG-Vertrages auf Seeschifffahrt und Luftfahrt*, Hamburg, Cram de Gruyter & Co, 1962.

⁷ ORTIZ BLANCO - VAN HOUTTE, *EC Competition Law in the Transport Sector*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 30.

posizione dei sostenitori dell'esclusione dell'applicazione delle norme generali del Trattato ai trasporti⁸.

A partire dal 1960, La Commissione ripropose varie volte, nel corso degli anni, la propria interpretazione circa l'applicazione delle norme generali del Trattato ai trasporti, presentando diversi *memoranda* al Consiglio⁹, ma si dovette attendere fino al 1974 per giungere ad una soluzione della questione in senso favorevole all'estensione del principio di universalità ai trasporti, con la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Marinai francesi*¹⁰, conseguente ad un ricorso presentato dalla Commissione, contro la Repubblica francese, per violazione del diritto alla libera circolazione dei lavoratori, sancito dall'art. 39 TCE, a seguito dell'adozione di una legge che fissava una quota minima obbligatoria di marinai francesi a bordo di navi battenti bandiera francese.

La Commissione fondò il suo ricorso sul presupposto che la stessa esistenza del Titolo V, giustificasse l'applicazione ai trasporti delle regole del Trattato esterne al Titolo medesimo. La Corte nell'interpretare il contenuto dell' art. 80, n. 2, identificò una deroga all'applicazione delle norme del Titolo V ai trasporti marittimi ed aerei confermando, viceversa, l'applicabilità di tutte le altre norme del Trattato anche ai suddetti trasporti statuendo che «(...) benché quindi, in forza dell'articolo 84, n. 2 (divenuto articolo 80, n. 2 TCE), i trasporti marittimi e aerei siano, fintantoché il Consiglio non avrà deciso altrimenti, sottratti ai canoni del Titolo IV (divenuto Titolo V TCE) della seconda parte del Trattato, relativa alla politica comune dei trasporti, essi restano, alla stessa guisa degli altri mezzi di trasporto, soggetti ai principi generali del Trattato»¹¹. Nonostante, con tale sentenza, la Corte avesse aperto la strada all'instaurazione di una politica comune dei trasporti, il Consiglio continuò a rifiutarsi di includere i trasporti aerei e marittimi nella lista dei settori sottoposti al regime di libera prestazione di servizi. Per ottenere il pieno riconoscimento della competenza comunitaria in tali settori furono necessarie due ulteriori pronunce della Corte, scaturenti da un ricorso e da una domanda di pronuncia pregiudiziale, presentati rispettivamente dal Parlamento europeo¹² e dal *Tribunal de Police* di Parigi¹³.

⁸ ORTIZ BLANCO - VAN HOUTTE, *EC Competition Law*, cit. supra, nota 7.

⁹ Com Doc. VII/S/05230 fin., *Applicabilité aux transportes des règles de concurrence énoncées dans le Traité de la Communauté économique Européenne et interprétation de l'application du Traité en ce qui concerne la navigation maritime et aérienne*, Bruxelles, 1960; Com(61)50 fin., *Memorandum sur l'orientation à donner à la politique commune des transports*, Bruxelles, 1961.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 4 aprile 1974 in causa n. 167/73, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1974, p. 395 ss.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 4 aprile 1974, *loc. cit.*

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 1985 in causa n. 13/83, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1985, p. 1315.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1986 in cause riunite da n. 209 a n. 213/84, *Procuratore della Repubblica c. Asjes, Muillot, Nouvelles Frontières*, in *Raccolta*, 1986, p. 1425.

Nel primo caso, il Parlamento europeo adì la Corte per far rilevare la violazione del Trattato da parte del Consiglio, ai sensi dell'art. 232 TCE, avendo questi omesso di attuare una politica comune dei trasporti, come previsto dal combinato disposto degli artt. 3 lett. f., 51, 70 e 71 TCE, e non essendosi pronunciato su sedici differenti proposte presentate dalla Commissione in materia di trasporti¹⁴. La Corte ritenute fondate le motivazioni del Parlamento sentenziò che «(...) il Consiglio ha omesso, in violazione del Trattato, di garantire la libera prestazione dei servizi in fatto di trasporti internazionali e di stabilire le condizioni per l'ammissione di vettori non residenti ai trasporti nazionali in uno Stato membro»¹⁵. Con una successiva pronuncia, la Corte estese l'applicabilità delle norme di concorrenza relative agli accordi tra imprese ed agli abusi di posizioni dominanti al settore dei trasporti in generale, e al trasporto aereo in particolare, stabilendo che, in assenza dell'adozione da parte del Consiglio di provvedimenti applicativi delle norme poste a tutela della concorrenza al settore dei trasporti aerei, spettasse alle autorità nazionali ed alla Commissione garantire l'osservanza di tali norme all'interno degli Stati membri. D'altra parte, escludere l'applicazione delle norme di concorrenza ad uno specifico settore, in assenza di espressa deroga in tal senso, sarebbe equivalso a rinneare lo scopo principale dell'istituzione della Comunità¹⁶.

Nel 1987, con l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo, gli Stati membri s'impegnarono a completare la creazione del mercato unico comunitario entro il 1° gennaio 1993. Tale impegno decretò la Comunità quale unico legislatore competente in materia di trasporto aereo, tanto che già l'anno successivo, il Consiglio adottò il primo dei tre pacchetti che permisero, in altrettante fasi, di giungere alla creazione di un mercato comunitario del trasporto aereo. I tre pacchetti normativi furono adottati rispettivamente nel 1987, 1990 e 1992¹⁷. I primi due produssero effetti limitati in relazione all'apertura dei singoli mercati degli Stati membri ai vettori di altri Stati membri poiché con essi la Comunità concentrò gli sforzi sull'obiettivo di rendere più flessibile la possibilità, da parte dei vettori, di fissare le tariffe, precedentemente fortemente vincolate e di rimuovere le norme limitative della capacità dei vettori. La vera e propria apertura del mercato alla libera concorrenza, perlomeno sul piano giuridico, si conseguì con il terzo pacchetto, attraverso l'adozione di norme destinate a stabilire i requisiti per la concessione delle licenze ai vettori comunitari¹⁸, a garantire l'accesso alle rotte comunitarie a tutti i vettori in pos-

¹⁴ CERRUTI - CHIRCO, *La disciplina comunitaria dei traffici*, cit supra, nota 3.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 1985, loc. cit.

¹⁶ PIVA, *Norme antitrust e trasporto aereo nelle Comunità Europee*, in questa *Rivista*, 1988, p. 74.

¹⁷ Per un'esauritiva analisi dei primi due pacchetti normativi si veda BUSTI, *Verso un mercato comune aeronautico*, in questa *Rivista*, 1992, p. 439, e per il terzo pacchetto, sempre dello stesso autore, *La nuova disciplina comunitaria dei servizi aerei*, in questa *Rivista*, 1993, p. 187.

¹⁸ Regolamento (Cee) n. 2407/92 del 23 luglio 1992, in *Guce* n. L 240 del 24 agosto 1992, p. 1.

nesso delle suddette licenze¹⁹ ed a garantire ai vettori la piena libertà di fissare le tariffe²⁰.

Due ulteriori regolamenti, contenenti disposizioni relative all'accesso, da parte di tutti i vettori comunitari, ai sistemi telematici di prenotazione²¹ (*computerised reservation systems-CRS*) e norme relative all'allocazione di bande orarie negli aeroporti²², completarono il quadro normativo necessario a garantire un'effettiva apertura del mercato ed una concorrenza leale nel settore.

3. La competenza esterna della Comunità in materia di trasporto aereo prima delle sentenze *open skies*: il sistema degli accordi bilaterali

È noto come la vigente normativa che caratterizza il trasporto aereo internazionale sia uno dei maggiori ostacoli allo sviluppo dell'aviazione commerciale in un contesto di libero mercato, a tutto svantaggio dei consumatori e delle compagnie aeree più efficienti. L'attuale sistema degli accordi bilaterali, scaturito dal fallimento della politica commerciale perseguita in seno alla Conferenza di Chicago del 1944, non è più in grado di rispondere alle esigenze dei fornitori e dei clienti di un servizio essenziale e privo di efficienti alternative, qual è, sulle lunghe distanze, il trasporto aereo di passeggeri e merci ad alto valore aggiunto, in un contesto economico caratterizzato dal fenomeno della globalizzazione. In particolare poi, in quei Paesi o associazioni di Paesi ove, a livello di mercato interno, vigono le regole della concorrenza e del libero accesso al mercato, i vettori si trovano a dover operare in un regime di concorrenza nel mercato domestico e di oligopolio sui mercati internazionali, in conseguenza delle limitazioni al traffico aereo internazionale, riservato ai vettori appartenenti ai Paesi firmatari dell'accordo bilaterale e con netta predominanza, tra questi, dei vettori di bandiera. Il sistema attuale, originato dalla Conferenza di Chicago, è basato sulle c.d. «libertà dell'aria», che, a dispetto del nome, in realtà identificano le possibili concessioni che gli Stati possono accordare alle proprie compagnie aeree, nel concludere accordi bilaterali di gestione e ripartizione del traffico aereo. Dunque con il termine libertà si è voluto identificare, quella che è, al contrario, una situazione di non libertà nel senso che, il principio cardine dell'aviazione commerciale internazionale scaturito dal sistema di Chicago è, di fatto, il divieto di tutti i servizi

¹⁹ Regolamento (Cee) n. 2408/92 del 23 luglio 1992, in *Guce* n. L 240 del 24 agosto 1992, p. 8.

²⁰ Regolamento (Cee) n. 2409/92 del 23 luglio 1992, *ivi*, p. 15.

²¹ Regolamento (Cee) n. 2299/89 del 24 luglio 1989, in *Guce* n. L 220 del 29 luglio 1989, p. 1, come modificato dal regolamento (Cee) n. 3089/93 del 29 ottobre 1993, in *Guce* n. L 278 dell'11 novembre 1993, p. 1.

²² Regolamento (Cee) n. 95/93 del 18 gennaio 1993, in *Guce* n. L 14 del 22 gennaio 1993, p. 1.

di trasporto aerei internazionali salvo quelli consentiti²³. In dato contesto, appare chiaro perché la Commissione, completata l'infrastruttura giuridica necessaria per il conseguimento del mercato unico, abbia concentrato, i suoi sforzi verso l'acquisizione, in capo alla Comunità, di una competenza esclusiva a stipulare accordi bilaterali tra la Comunità e i Paesi terzi, in sostituzione dei singoli Stati membri, reputandola un corollario necessario al mantenimento ed al consolidamento del mercato unico e dell'aviazione commerciale europea.

L'Esecutivo comunitario ha più volte tentato di ottenere dal Consiglio l'attribuzione di tale competenza, attraverso la presentazione di varie proposte. Il primo tentativo in tal senso risale al 1990, con la formulazione di una proposta di decisione del Consiglio, volta ad istituire una procedura di consultazione ed autorizzazione per gli accordi relativi a relazioni commerciali nel settore della navigazione aerea tra Stati membri e Paesi terzi²⁴.

Conclusosi senza esito questo primo tentativo, la Commissione ha presentato, a distanza di soli due anni, una seconda proposta, anch'essa destinata a rimanere lettera morta. In entrambe le proposte, la Commissione individuava la propria competenza a stipulare accordi internazionali nel settore del trasporto aereo nell'art. 133 TCE, considerando l'eventuale attribuzione alla Comunità della gestione degli accordi sul trasporto aereo internazionale necessaria per la tutela della politica commerciale comune.

Successivamente, la Commissione ha mutato il proprio orientamento basando la pretesa competenza comunitaria sull'art. 80, n. 2, e su tale norma ha fondato la successiva raccomandazione al Consiglio, volta ad ottenere una decisione che l'autorizzasse a stipulare accordi internazionali nel settore dell'aviazione, in particolare con gli Stati Uniti d'America.

Quest'ulteriore tentativo ha finalmente sortito i suoi effetti, concretizzandosi nel conferimento, da parte del Consiglio, di un mandato ristretto alla Commissione affinché negoziasse con gli Stati Uniti norme comuni in un limitato numero di materie, tra cui, le regole di concorrenza, proprietà e controllo dei vettori aerei, i *CRS*, la condivisione dei codici di volo, la risoluzione dei conflitti, il *leasing*, le misure ambientali e altre misure transitorie. Tuttavia tale negoziazione non è, ad oggi, stata intavolata.

4. Gli accordi *open skies* con gli Stati Uniti

Nel 1992, mentre la Commissione tentava di ottenere dal Consiglio l'autorizzazione a stipulare gli accordi aerei con i Paesi terzi, gli Stati Uniti d'America proponevano, a diversi Stati membri della Comunità, una revisione dei

²³ HAVEL, *In Search of Open Skies*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 35.

²⁴ Com(90)17def.

precedenti accordi in vigore, al fine di istituire un regime più concorrenziale nel traffico aereo internazionale²⁵.

La Commissione, ritenendo che solo attraverso una negoziazione condotta a livello comunitario fosse possibile ottenere un accordo efficace e giuridicamente valido, inviava a tutti gli Stati membri una lettera in cui li invitava a non procedere alla revisione degli accordi. Il richiamo tuttavia non sortiva effetti poiché le trattative si concludevano con la stipulazione da parte di alcuni Stati membri di accordi bilaterali di tipo *open skies*²⁶. Questi accordi miravano a rimuovere molti degli ostacoli e vincoli esistenti nei precedenti accordi ed, in particolare, i limiti relativi alla capacità, alle tariffe, e all'apertura del mercato interno delle parti contraenti alle compagnie della controparte attraverso l'inclusione nel testo dell'accordo della possibilità per le compagnie aeree delle controparti di usufruire dei diritti di quinta libertà²⁷.

5. Le pronunce della Corte di giustizia sugli accordi *open skies*

A seguito della stipulazione degli Accordi, la Commissione europea depositava ricorso alla Corte di giustizia contro i Regni di Danimarca, Svezia, Belgio, il Granducato di Lussemburgo e le Repubbliche di Finlandia, Austria e Germania, addebitando agli Stati membri citati, in via principale, la violazione degli obblighi ad essi derivanti dagli artt. 10 e 43 TCE, e del diritto derivato emanato sulla base del Trattato.

²⁵ È opportuno qui ricordare che, fino all'introduzione dei tre pacchetti di liberalizzazione del traffico aereo, il sistema del trasporto aereo intra-europeo era fondato, al pari del sistema internazionale, su accordi bilaterali tra i vari Stati che si ripartivano le quote di traffico, normalmente su base paritaria, mentre i traffici interni erano gestiti in regime di monopolio dalle compagnie di navigazione aerea nazionali. Le tariffe erano fissate da parte delle competenti autorità statali sia per i traffici internazionali, sia per quelli domestici. A seguito del fallimento delle trattative condotte in seno alla Conferenza di Chicago, per la creazione di un sistema di fissazione delle tariffe, gli Stati Uniti conclusero con diversi Stati europei accordi volti a regolare i traffici aerei tra i due Paesi, noti come Accordi di Bermuda I. La fissazione delle Tariffe fu affidata all'*International Air Transport Association (IATA)*, associazione non governativa fondata da sei vettori nel 1919 con il nome di *International Air Traffic Association* (il nome attuale le fu conferito nel 1945) ma le tariffe da essa predisposte erano soggette ad approvazione dei Governi. Tale tipologia di accordi fu sostituita, verso la fine degli anni '70, da una nuova categoria di accordi, denominati Bermuda II, decisamente più restrittivi dei precedenti. Per approfondimenti sui due tipi di accordi, si veda, HAVEL, *In Search*, cit. supra, nota 23.

²⁶ Accordi stipulati il 6 giugno 1995 dal Granducato del Lussemburgo, il 9 giugno 1995 dalla Repubblica di Finlandia, il 14 giugno 1995 dalla Repubblica d'Austria, il 16 giugno 1995 dai Regni di Danimarca e di Svezia, il 5 settembre 1995 dal Regno del Belgio ed il 23 maggio 1996 dalla Repubblica federale di Germania. Altri accordi *open skies* sono stati conclusi dall'Italia il 6 dicembre 1999, dal Portogallo il 30 maggio 2000 e dalla Francia l'11 gennaio 2002.

²⁷ Diritto da parte dei vettori appartenenti a Paesi firmatari di un accordo bilaterale, di imbarcare passeggeri in un aeroporto del Paese di registrazione, di sbarcarli in un aeroporto sito sul territorio dell'altro Paese firmatario, e ivi imbarcare passeggeri per una destinazione situata in un Paese terzo.

In subordine, nel caso che la Corte non dovesse ravvisare negli accordi del 1995 la stipulazione di nuove intese ma il semplice emendamento degli accordi esistenti, conclusi prima dell'adesione alla Comunità, l'Esecutivo comunitario contestava ai suddetti Stati membri la violazione, da parte dei convenuti, degli obblighi a loro carico ex art. 307 TCE, in conseguenza della mancata abrogazione delle disposizioni contenute negli accordi che risultino incompatibili con l'art. 43 TCE.

Dunque, la Commissione, con tale ricorso ha sollevato un duplice dubbio di legittimità degli accordi sottoscritti dagli Stati membri convenuti, rilevando sia un'ingerenza in una sfera giuridica divenuta, oramai, d'esclusiva competenza comunitaria e consistente nella stipulazione di accordi con Paesi terzi nell'ambito dei trasporti aerei, sia l'inserimento negli accordi medesimi di norme lesive del diritto di stabilimento.

La Commissione ha giustificato l'esistenza di siffatta competenza sull'art. 80 TCE richiamando due principi sanciti in precedenza dalla Corte, con il parere n. 1/76 del 26 aprile 1977²⁸ e con la sentenza n. 22/70 (*AETS*)²⁹.

6. *Segue: La competenza esterna della Comunità ai sensi del parere n. 1/76*

Con il parere n. 1/76, la Corte ha sancito il principio secondo cui, «(...) la competenza ad assumere impegni internazionali può non soltanto essere attribuita espressamente dal Trattato, ma può altresì derivare implicitamente dalle sue disposizioni». La Corte ha concluso, in particolare che «ogni qualvolta il diritto comunitario abbia attribuito alle istituzioni della Comunità determinati poteri sul piano interno, onde realizzare un certo obiettivo, la Comunità è competente ad assumere gli impegni internazionali necessari per raggiungere tale obiettivo, anche in mancanza di espresse disposizioni al riguardo»³⁰.

In virtù di questo principio, la Commissione ha ritenuto che, al fine di garantire l'accesso ed il rispetto delle norme di libera concorrenza nell'ambito dei trasporti aerei intracomunitari, gli Stati membri non potessero più stipulare individualmente accordi di gestione del traffico aereo tra aeroporti comunitari, siti sul loro suolo, e aeroporti di un Paese terzo poiché, con la creazione di un mercato comunitario del trasporto aereo anche la competenza a stipulare

²⁸ Parere n. 1/76 del 26 aprile 1977, in *Raccolta*, 1977, p. 741.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *Commissione delle Comunità Europee c. Consiglio delle Comunità Europee*, in *Raccolta*, 1971, p. 263.

³⁰ Punto n. 3, parere n. 1/76, *loc. cit.*

accordi con Paesi terzi è stata acquisita dagli organi comunitari essendo strumentale al corretto funzionamento del mercato interno.

Nello specifico, la Commissione ha sostenuto che, poiché gli accordi "open skies" attribuiscono ai vettori statunitensi la possibilità di proseguire verso destinazioni di Paesi terzi non firmatari dell'accordo, i voli in partenza da aeroporti americani e diretti ad aeroporti situati sul territorio della controparte, il principio di parità tra i vettori comunitari e quelli statunitensi sia violato, venendo questi ultimi a competere sul mercato comunitario senza essere sottoposti alla normativa di riferimento.

La Corte di giustizia, dopo aver riaffermato l'esistenza di una competenza comunitaria in materia di trasporto aereo, fondata sull'art. 80, n. 2, ha precisato che, come già specificato nel successivo parere n. 1/94³¹, l'acquisizione, in capo alla Comunità, di una competenza esterna ai sensi del parere n. 1/76 sussiste solo qualora essa sia essenziale per l'esercizio contestuale della competenza interna necessaria al raggiungimento degli scopi previsti dal Trattato³². Nel caso di specie l'esistenza di una violazione della competenza esterna comunitaria, secondo il suddetto principio, è da ritenersi esclusa poiché, nell'adottare nel 1992 il pacchetto normativo necessario ad instaurare il mercato comunitario del trasporto aereo, il Consiglio non ha ritenuto necessario concludere, contestualmente, un accordo comune con gli Stati Uniti. Inoltre poiché la Commissione stessa ha sollevato la questione della violazione della competenza esterna, nell'ambito del trasporto aereo, solamente nel 1995, quindi successivamente al raggiungimento degli obiettivi fissati a norma dell'art. 80, n. 2, essa stessa non ha considerato la stipulazione di un accordo comunitario con gli Stati Uniti condizione necessaria per l'instaurazione del mercato unico del trasporto aereo.

7. Segue: Il principio sancito dalla sentenza *AETS*

Più articolata si presenta l'analisi della competenza esterna comunitaria effettuata dalla Corte di giustizia secondo il principio sancito nella sentenza *AETS*.

Riassumendo brevemente i fatti relativi alla sentenza *AETS*, il 19 maggio 1970, la Commissione europea presentava un ricorso alla Corte di giustizia chiedendo l'annullamento di una deliberazione del Consiglio del 20 marzo 1970, con la quale gli Stati membri concordavano una linea di condotta da tenersi nella stipulazione dell'Accordo europeo relativo al lavoro degli equipaggi dei veicoli operanti trasporti internazionali su strada (*AETS*). Nel caso

³¹ Parere n. 1/94 del 15 novembre 1994, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5267.

³² Punto n. 89, parere n. 1/94, *loc. cit.*

di specie, la Commissione sosteneva che la competenza a stipulare tale accordo facesse capo alla Comunità in virtù del disposto dell'art. 71, lett. *d.*, TCE, che attribuisce alla medesima il potere di adottare «ogni utile disposizione» al fine di realizzare una politica comune dei trasporti. Il Consiglio viceversa riteneva che, il potere della Comunità di stipulare accordi internazionali in sostituzione dei singoli Stati membri potesse sussistere solo in presenza di un'apposita autorizzazione in tal senso contenuta nel Trattato, stante l'applicabilità dell'art. 71 esclusivamente a provvedimenti interni, restando viceversa inalterato il potere dei singoli membri in relazione agli accordi internazionali.

La Corte identificava nell'attribuzione della personalità giuridica alla Comunità, il presupposto necessario affinché questa potesse stabilire quei rapporti contrattuali con Stati terzi, necessari alla realizzazione degli scopi per i quali fu fondata e, attraverso la lettura combinata delle norme relative alla personalità giuridica ed alle finalità della Comunità, deduceva il principio secondo cui «tutte le volte che (per la realizzazione di una politica comune prevista dal Trattato) la Comunità ha adottato delle disposizioni contenenti, sotto qualsivoglia forma, norme comuni, gli Stati membri non hanno più il potere, né individualmente, né collettivamente, di contrarre con gli Stati terzi obbligazioni che incidano su dette norme»³³. Alla luce di tale principio, risulta di tutta evidenza che quando la Comunità adotta un pacchetto di norme volto ad armonizzare completamente un determinato settore, per il quale non vi è, nel Trattato, espressa menzione di una specifica competenza esterna comunitaria come nel caso del trasporto aereo, essa automaticamente acquisisce una competenza esterna esclusiva in tali materie, limitatamente alle questioni per le quali un accordo con Paesi terzi è necessario a garantire il corretto funzionamento del mercato comunitario. Il mantenimento di una seppur residua autonomia decisionale in capo ai singoli Stati membri, su tali questioni, potrebbe alterare quest'ordine giuridico introducendo discriminazioni o quantomeno differenze interpretative³⁴.

Basandosi sul principio sopra esposto, nelle sentenze *open skies*, la Corte ha dunque effettuato un'analisi della disciplina vigente in materia di trasporto aereo comunitario, al fine di identificare quelle norme, contenenti disposizioni destinate anche a vettori di Paesi terzi. L'analisi ha riguardato, nello specifico, le norme contenute nel terzo pacchetto ed i regolamenti (Cee) n. 2299/89 e n. 95/93.

La Corte ha respinto la motivazione della Commissione secondo cui gli accordi *open skies*, introducendo uno scambio di diritti di quinta libertà che consente ai vettori americani di servire rotte intra-comunitarie senza dover

³³ Punti n. 17-19, sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *cit. supra*, nota 29.

³⁴ Si veda il punto n. 96, parere n. 1/94, *cit. supra*, nota 31.

soddisfare i requisiti di cui al regolamento (Cee) n. 2407/92, relativo alla concessione della licenza comunitaria, introdurrebbero una discriminazione nei confronti dei vettori comunitari. Ciò poiché il giudice comunitario ha identificato quale *ratio* del suddetto regolamento, non la volontà di escludere i vettori non comunitari dalle rotte intra-comunitarie, bensì la possibilità per qualsiasi vettore stabilito sul territorio comunitario di poter esercitare servizi di trasporto aereo su qualunque rotta comunitaria, a prescindere dal Paese di registrazione purché soddisfatti i criteri di sicurezza previsti dalla legislazione comunitaria. Pertanto, non presentando il suddetto regolamento alcuna disposizione destinata a vettori di Paesi terzi non si può desumere né l'attribuzione, né l'esercizio di alcuna competenza esterna da parte della Commissione. Proseguendo nell'analisi delle altre disposizioni del terzo pacchetto, la Corte ha escluso l'incompatibilità degli accordi *open skies* con il regolamento (Cee) n. 2408/92, sulla base dell'assunto che nemmeno questo dispositivo normativo disciplina in alcun modo la situazione di vettori registrati in Paesi terzi. Viceversa, un'analisi dettagliata del successivo regolamento (Cee) n. 2409/92 ha rivelato l'esistenza di una competenza esterna esclusiva della Comunità, in materia di tariffe aeree per collegamenti effettuati all'interno dello spazio aereo comunitario, derivante dal combinato dell'art. 1, n. 2, lett. *a*, che esclude l'applicazione delle disposizioni del regolamento medesimo ai vettori extra-comunitari e n. 3, secondo il quale solo i vettori aerei comunitari sono autorizzati ad introdurre, per i voli effettuati all'interno dello spazio aereo comunitario, nuovi prodotti o tariffe ridotte rispetto a quelle esistenti. Avendo, pertanto, la Comunità, precluso ai vettori di Paesi terzi la possibilità di introdurre nuovi prodotti o tariffe al fine di tutelare il mercato aereo comunitario, la competenza a stipulare accordi in materia di tariffe aeree con Stati terzi è divenuta di competenza degli organi comunitari con la conseguenza che l'introduzione o modificazione, negli accordi *open skies*, di una clausola relativa alle tariffe applicabili sulle rotte intracomunitarie³⁵ viola tale competenza, divenuta esclusiva della Comunità con l'entrata in vigore del regolamento n. 2409/92. Nel proseguire l'analisi della restante legislazione, la Corte ha altresì ravvisato l'esistenza di una competenza esclusiva della Comunità, ai sensi della giurisprudenza *AETS*, anche nella disciplina comunitaria relativa ai *CRS*

³⁵ Danimarca: art. 9 dell'accordo del 1944 come modificato dall'accordo del 1995; Svezia: art. 9 dell'accordo del 1944 come modificato dall'accordo del 1995; Finlandia: art. 6 del Protocollo del 1980 come modificato dall'accordo del 1995; Belgio: art. 12 dell'accordo del 1980 come modificato dall'accordo del 1995; Lussemburgo: art. 12 dell'accordo del 1986 come modificato dall'accordo del 1995; Austria: art. 12 dell'accordo del 1989 come modificato dall'accordo del 1995; Germania: protocollo di emendamento del 1996. Da notarsi che al momento di procedere alla stipulazione di un nuovo protocollo di emendamento dei precedenti accordi con gli Stati Uniti, la Germania ha espressamente previsto l'obbligo di osservanza del regolamento (Cee) n. 2409/92 per i voli rientranti sotto la sua sfera applicativa. Nondimeno la Corte ha rilevato l'assenza di autorizzazione in capo alla Germania nello stipulare siffatta norma, ancorché priva di contenuto potenzialmente discriminatorio, essendo comunque successiva all'entrata in vigore del regolamento medesimo.

ed all'assegnazione di bande orarie negli aeroporti. Per quanto concerne i *CRS*, infatti, il regolamento (Cee) n. 2299/89, stabilisce agli artt. 1 e 7, l'estensione delle regole volte a garantire una fruizione paritaria e non discriminatoria dei *CRS* controllati da vettori comunitari, anche ai vettori associati di Paesi terzi³⁶, a condizione che l'eventuale *CRS* appartenente ad un vettore associato di un Paese terzo garantisca alle compagnie aeree comunitarie il medesimo trattamento previsto dal regolamento (Cee) n. 2299/89.

Di conseguenza, compete alle istituzioni comunitarie concludere accordi relativi ai *CRS* con Paesi terzi, al fine di garantire ai vettori comunitari pari opportunità, rispetto ai vettori del Paese stipulante, nella fruizione dei servizi offerti dai *CRS* a questi appartenenti. Con l'inclusione di un allegato specificamente destinato a disciplinare l'utilizzo dei sistemi telematici di prenotazione da parte dei vettori appartenenti ai Paesi firmatari di un accordo *open skies*³⁷, gli Stati membri hanno quindi violato tale competenza a prescindere dalla conformità o meno delle norme ivi contenute con le disposizioni del regolamento (Cee) n. 2299/89.

Per quanto concerne la legislazione comunitaria in materia di assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, la Corte ha rilevato l'applicabilità della normativa comunitaria anche ai vettori appartenenti ai Paesi terzi, in forza del disposto dell'art. 12 del regolamento Ce n. 95/93³⁸, e di conseguenza, l'esistenza della competenza esterna comunitaria esclusiva in materia di stipulazione di accordi con Paesi terzi, relativi all'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti comunitari.

Tuttavia, l'analisi degli accordi *open skies* non ha evidenziato, nell'opinione della Corte, una violazione di tale competenza, non essendo ravvisabile alcuna disposizione sufficientemente definita da far ritenere esistente un impegno reciproco dei contraenti in materia di assegnazione delle bande orarie.

In conclusione, in relazione alla prima contestazione sollevata dalla Commissione, la Corte ha individuato l'esistenza di una competenza esterna esclusiva in capo alla Comunità in materia di tariffe aeree, *CRS* ed assegnazione di bande orarie negli aeroporti comunitari, nonché il mancato rispetto, da parte degli Stati membri convenuti innanzi la Corte di giustizia, della competenza comunitaria relativa alle tariffe ed ai *CRS* attraverso la stipulazione di accordi

³⁶ Vettori aerei, di Paesi non membri della Comunità, venditori di sistemi telematici di prenotazione o ai quali fanno capo direttamente o indirettamente, in tutto od in parte venditori di sistemi.

³⁷ Allegato III agli accordi *open skies*, conclusi da Danimarca, Svezia, Belgio, Lussemburgo, Austria e Germania; allegato II accordo *open skies* concluso dalla Finlandia.

³⁸ L'art. 12 del regolamento (Cee) n. 95/93 sancisce la possibilità di sospendere l'applicazione degli obblighi ivi previsti, volti a garantire un accesso paritetico e non discriminatorio dei vettori aerei comunitari e non, ai vettori muniti di licenza rilasciata da Paese non appartenente alla Comunità, qualora tale Paese non riservi ai vettori comunitari un trattamento analogo a quello previsto dal regolamento (Cee) n. 95/93 a favore dei vettori di siffatto Paese o un trattamento analogo a quello concesso dal Paese terzo ai propri vettori o a vettori appartenenti a Paesi terzi.

bilaterali con gli Stati Uniti contenenti norme in tali materie, con conseguente violazione dell'obbligo, in capo a tutti gli Stati membri, sancito dall'art. 10 del Trattato e consistente nell'agevolare la Comunità nell'adempimento dei propri compiti. Obbligo già affermato dalla Corte stessa nella precedente sentenza n. 22/70, statuendo che «(...) gli Stati Membri devono (...) astenersi da qualsiasi provvedimento che rischi di compromettere il raggiungimento dagli scopi del Trattato»³⁹.

Occorre peraltro rilevare che la Corte ha più volte ribadito nel corso delle sentenze *open skies* che, anche qualora le norme stipulate dagli Stati membri, negli ambiti acquisiti alla sfera di competenza esterna della Comunità, non siano in contrasto con la disciplina comunitaria, nondimeno essendo la competenza comunitaria da intendersi esclusiva, tali norme sono concluse in violazione del diritto comunitario.

8. *Segue*: La «clausola della proprietà e del controllo delle compagnie aeree» e il diritto di stabilimento

Infine occorre accennare brevemente alle conclusioni della Corte in relazione alla contestazione mossa dalla Commissione circa l'esistenza di un inadempimento dei Paesi membri convenuti, derivante dalla violazione dell'art. 43 TCE, a seguito della stipulazione di alcune clausole degli accordi bilaterali destinate a riservare un trattamento più favorevole alle compagnie e imprese di nazionalità del Paese stipulante, rispetto a quello riservato a compagnie e imprese di proprietà di cittadini di altri Stati membri e stabilite nel Paese firmatario dell'accordo.

La Corte ha confermato l'applicabilità del regime generale della libertà di stabilimento, a tutti i settori del trasporto poiché, a differenza della libera prestazione di servizi, ove gli Stati membri hanno previsto un'apposita deroga per i trasporti ex art. 51 TCE, nessuna norma speciale è contemplata relativamente al regime della libertà di stabilimento da applicarsi ai trasporti.

Premesso quanto sopra, il giudice comunitario ha quindi considerato la c.d. «clausola della proprietà e del controllo delle compagnie aeree»⁴⁰, stipulata in violazione delle regole a tutela della libertà di stabilimento. Ciò poiché è apparso palese alla Corte l'esistenza del rischio che compagnie aeree stabilite negli Stati membri convenuti ma il cui controllo, od una quota rilevante della

³⁹ Punti n. 17-19, sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *cit. supra*, nota 29.

⁴⁰ Si tratta di una clausola, presente in tutti gli accordi di tipo *open skies*, volta ad attribuire agli Stati contraenti la potestà di rifiutare o revocare una concessione od un'autorizzazione a compagnie aeree che benché designate da uno degli stipulanti l'accordo, siano di proprietà per una quota rilevante o sotto l'effettivo controllo di un Paese terzo.

proprietà, siano riconducibili ad un altro Stato membro potessero essere discriminate a favore di compagnie che, viceversa, siano sotto il controllo o una cui quota rilevante appartenga a cittadini dello Stato membro firmatario dell'accordo, per le quali l'accordo medesimo non attribuisce agli Stati Uniti il potere di rifiutare o revocare la concessione o l'autorizzazione. La Corte conclude, quindi, che nello stipulare un accordo contenente tale clausola gli Stati membri convenuti hanno violato l'obbligo di garantire alle compagnie aeree comunitarie di altri Stati membri di poter beneficiare del trattamento nazionale dello Stato membro ospitante.

9. Conseguenze della sentenza *open skies* sulla competenza esterna della Comunità in materia di trasporto aereo

La settimana successiva alla promulgazione delle sentenze *open skies*, la Commissione ha presentato una prima comunicazione «relativa alle conseguenze delle sentenze della Corte del 5 novembre 2002 sulla politica europea dei trasporti aerei»⁴¹ e, successivamente, una seconda comunicazione sulle relazioni tra la Comunità ed i Paesi terzi nell'ambito dei trasporti aerei, contenente una proposta di regolamento sulla negoziazione ed applicazione degli accordi in materia di servizi aerei conclusi dagli Stati membri con i Paesi terzi⁴².

Nel primo documento sono delineate le conseguenze e gli obiettivi che la Commissione intende realizzare nel breve, medio e lungo periodo nell'ambito del trasporto aereo internazionale. La prima conseguenza delle sentenze *open skies*, è di estendere la competenza esterna esclusiva della Comunità a tutti quegli ambiti normativi del trasporto aereo la cui disciplina comunitaria contempla norme applicabili anche a vettori od altri operatori del trasporto aereo di Paesi terzi. In particolare, la Commissione sottolinea come l'attività intrapresa dall'Unione europea nel settore del trasporto aereo negli ultimi quindici anni non si sia limitata a disciplinare l'apertura dei mercati nazionali e la successiva creazione di un mercato unico comunitario, secondo per dimensioni solo a quello statunitense, ma abbia altresì integrato le varie normative in materia di sicurezza, protezione ambientale, tutela dei diritti dei passeggeri e gestione del traffico aereo al fine di garantire *standard* comuni ed elevati con vari regolamenti e direttive, che hanno ulteriormente ampliato la competenza esterna della Comunità in materia⁴³.

⁴¹ Com(2002)649 def.

⁴² Com(2003)94 def.

⁴³ In particolare il regolamento (Ce) n. 1592/2002 del 15 luglio 2002, in *Guce* n. L 240 del 7 settembre 2002, p. 1, contenente norme comuni in materia di sicurezza e che istituisce un'Agenzia Europea per la Sicurezza Aerea e la direttiva n. 2002/30/Ce del 26 marzo 2002, in *Guce* n. L 85 del

In relazione al futuro assetto dei rapporti tra la Comunità ed i Paesi terzi, cinque obiettivi principali sono delineati nella prima comunicazione. Il primo obiettivo della Commissione consiste nel realizzare uno spazio aereo regionale armonizzato sotto tutti i profili, dalle norme di concorrenza alla sicurezza, alla tutela ambientale ed alla gestione del traffico aereo, che dovrebbe includere i Paesi membri dell'Unione, i Paesi candidati all'allargamento, compresi quelli il cui ingresso nell'Unione non è imminente e la Norvegia, l'Islanda e la Svizzera, che hanno già recepito nella propria legislazione interna tutte le disposizioni comunitarie in vigore, eccezion fatta per il cabotaggio nel solo caso della Svizzera.

Il secondo e terzo obiettivo riguardano, rispettivamente, il rafforzamento delle relazioni generali con i Paesi terzi, la riduzione degli ostacoli al commercio, attraverso la conclusione di accordi tra la Comunità ed i principali *partner* bilaterali, (Stati Uniti, Russia e Giappone *in primis*) ed il proseguimento delle trattative sul riesame dell'allegato sul trasporto aereo nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio.

Il quarto obiettivo prevede l'assistenza tecnica ed il rafforzamento delle relazioni con i Paesi in via di Sviluppo, al fine di mantenere ed estendere gli elevati *standard* europei di sicurezza e protezione ambientale.

Infine, data la natura transnazionale del trasporto aereo, la Commissione ritiene che occorra garantire un regime di concorrenza per i trasporti internazionali, simile a quello applicabile ai trasporti intra-comunitari, secondo una linea di condotta già anticipata in passato, senza esito, attraverso la presentazione di proposte al Consiglio volte ad estendere i poteri previsti dai regolamenti (Cee) n. 3975/87⁴⁴ e n. 3976/87⁴⁵.

La seconda Comunicazione consta di due proposte rivolte al Consiglio ed al Parlamento europeo che, sommandosi alla richiesta di un'autorizzazione a negoziare con gli Stati Uniti, danno origine ad un pacchetto normativo destinato a formare il quadro giuridico dei rapporti internazionali tra la Comunità ed i Paesi terzi in materia di trasporto aereo.

La prima proposta riguarda l'attribuzione alla Commissione di un mandato a negoziare, negli accordi bilaterali con i Paesi terzi, il contenuto delle

28 marzo 2002, p. 40, che istituisce norme e procedure per l'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti della Comunità. Altre normative rilevanti in materia di competenza esterna nel settore aereo riguardano la direttiva n. 96/67/Ce del 15 ottobre 1996, in *Guce* n. L 272 del 25 ottobre 1996, p. 36, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti comunitari, il regolamento (Cee) n. 295/91 del 4 febbraio 1991, in *Guce* n. L 36 dell'8 febbraio 1991, p. 5, che contiene norme comuni relative ad un sistema di compensazione per il mancato imbarco nei trasporti aerei di linea ed infine il regolamento (Ce) n. 2027/97 del 9 ottobre 1997, in *Guce* n. L 285 del 17 ottobre 1997, p. 1, relativo alla responsabilità civile dei vettori in caso di incidente.

⁴⁴ Regolamento (Cee) n. 3975/87, in *Guce* n. L 374 del 31 dicembre 1987, p. 1.

⁴⁵ Regolamento (Cee) n. 3976/87, *ivi*, p. 9. Sul punto si veda BUSTI, *La nuova disciplina della concorrenza nel trasporto aereo intracomunitario*, in questa *Rivista*, 1989, p. 685.

norme relative alla proprietà ed al controllo dei vettori aerei e delle altre questioni rientranti nella competenza comunitaria esclusiva. A tal fine l'organo esecutivo comunitario ha sottoposto al Consiglio una raccomandazione con la quale descrive i vantaggi di un approccio comunitario al problema di garantire l'accesso indiscriminato dei vettori comunitari alle rotte internazionali, in partenza od arrivo in aeroporti europei, ritenuto, dalla Commissione, prerequisite necessario al consolidamento dei vettori comunitari, considerato, a sua volta, indispensabile per una loro rafforzata competitività nei confronti dei maggiori vettori statunitensi. Sul piano giuridico, tale approccio è pienamente giustificato dalla necessità di rimuovere la potenziale violazione del diritto di stabilimento, derivante dalle clausole sulla proprietà ed il controllo dei vettori.

Tuttavia, poiché la revisione dei numerosi accordi bilaterali stipulati dagli Stati membri con i paesi terzi richiederà un notevole sforzo sia in termini temporali che di risorse, la Commissione ritiene opportuno che nel frattempo gli accordi esistenti restino in vigore nella forma attuale, fatti salvi gli obblighi in capo agli Stati membri di astenersi dall'utilizzare le clausole sulla proprietà ed il controllo dei vettori in maniera discriminatoria, e di effettuare una distribuzione dei diritti di traffico, scaturenti dagli accordi bilaterali conclusi, tra i vari vettori comunitari stabiliti sul proprio territorio.

In allegato alla comunicazione, sono descritti anche i principi e le procedure che gli Stati membri sono invitati a seguire nell'attribuire questi diritti di traffico, per evitare violazioni delle regole comunitarie.

L'obiettivo è garantire pari diritti a tutti i vettori stabiliti sul territorio di uno Stato membro, nell'acquisizione delle informazioni sui diritti di traffico disponibili, nelle procedure per richiedere l'utilizzo dei diritti di traffico disponibili ed infine nell'effettuare l'esame delle domande pervenute. Qualora il numero dei vettori autorizzati ad operare su di una determinata rotta in virtù dell'accordo o per altre cause, sia limitato, lo Stato membro dovrà informare tutti i vettori comunitari stabiliti sul proprio territorio relativamente al numero di diritti di traffico disponibili ed ai criteri che adotterà nell'assegnarli. In tal caso, se il numero di richieste non supera l'offerta, lo Stato membro sarà tenuto a concedere i diritti a tutti i vettori richiedenti, viceversa, nell'ipotesi in cui il numero di richieste sia superiore alla disponibilità, lo Stato membro dovrà organizzare un'audizione pubblica invitando i vettori interessati a motivare la richiesta, motivare esso stesso le deliberazioni concernenti le assegnazioni, predisporre una procedura di ricorso contro le decisioni dinanzi un organo giurisdizionale o altra istituzione arbitrale indipendente ed infine pubblicare le informazioni relative alle domande ricevute, i vettori designati, la capacità e le frequenze assegnate ai vari vettori.

La seconda proposta riguarda una bozza di regolamento comunitario, contenente il quadro giuridico volto a garantire la libera circolazione, all'inter-

no della Comunità, delle informazioni sui negoziati e sugli accordi conclusi ed in discussione, al fine di garantire le stesse opportunità a tutti i vettori comunitari.

La proposta di regolamento contiene la disciplina della ripartizione di competenze tra la Commissione e gli Stati membri in relazione alla conclusione degli accordi bilaterali con Paesi terzi, attribuendo ai membri della Comunità il potere di avviare negoziati con Paesi terzi su questioni sulle quali non siano già in corso, negoziati a livello comunitario, o, in tal caso, sugli argomenti non coperti dal negoziato effettuato dalla Comunità. In entrambi i casi, lo Stato membro che ha avviato le trattative, ha l'obbligo di notificare alla Commissione, con almeno un mese di anticipo sulla data fissata per l'inizio della negoziazione, copia dell'accordo che intende sottoporre alla controparte, le materie coperte e le finalità della trattativa. Data la prassi di far partecipare ai negoziati i vettori dei rispettivi Paesi, lo Stato membro deve garantire uguale trattamento a tutti i vettori stabiliti sul proprio territorio e, comunque, non può sottoscrivere un accordo che preveda l'assegnazione di una singola rotta ad un solo vettore comunitario. Conclusi i negoziati, lo Stato membro che vi ha partecipato deve notificare la bozza dell'accordo raggiunto alla Commissione che, esaminerà il testo per verificarne la compatibilità con il diritto comunitario e con gli obiettivi della Comunità in tale settore, assistita dal comitato consultivo composto dai rappresentanti degli Stati membri e presieduto dal rappresentante della Commissione, previsto dall'art. 11 del regolamento n. 2408/92.

Infine, se nel concludere un nuovo accordo o nell'emendare quello in vigore lo Stato membro dovesse introdurre limitazioni relativamente ai diritti di traffico o al numero di vettori comunitari da designarsi, l'assegnazione dei diritti e la scelta dei vettori autorizzati da parte delle autorità incaricate dal predetto Stato, dovrà essere effettuata con procedure trasparenti e senza discriminazioni.

10. *Segue: Verso un mercato globale del trasporto: il futuro accordo UE-USA*

Il 5 giugno 2003, il Consiglio dei trasporti dell'Unione europea, riunitosi a Lussemburgo, ha adottato un pacchetto di misure destinate al trasporto aereo, basate sulle richieste presentate dalla Commissione europea nella Comunicazione del 26 febbraio 2003. Il pacchetto si compone di tre misure: due decisioni del Consiglio destinate ad attribuire alla Commissione altrettanti mandati negoziali per concludere accordi bilaterali con gli Stati Uniti e con altri Paesi non membri dell'UE, ed il riconoscimento della necessità di un regolamento che istituisca un quadro giuridico, cui i singoli Stati membri debbono

conformarsi nello stipulare accordi bilaterali con Paesi terzi. Infatti, dato l'elevato numero di accordi da rivedere, aggiornare e concludere con Paesi terzi, il legislatore comunitario ritiene più efficace l'adozione, a livello comunitario, di regole definite e vincolanti da applicarsi nella stipulazione degli accordi, mantenendo, tuttavia, in capo agli Stati membri l'incombenza di stipulare gli accordi. Solo nelle relazioni con i Paesi con i quali la Comunità ha un più intenso traffico aereo commerciale, quali gli Stati Uniti, il Giappone, la Russia ed altri eventuali *partner* commerciali di rilievo, la Commissione intende sostituirsi agli Stati membri stipulando un accordo unico applicabile a tutti i vettori comunitari ed è in quest'ottica che s'inquadra l'attribuzione di un mandato a negoziare un accordo con gli Stati Uniti, destinato a coprire tutti gli aspetti connessi all'apertura dei rispettivi mercati e le regole relative agli investimenti. Il mandato prevede l'adozione di norme relative ai diritti di traffico, alle rotte, alla capacità, alle frequenze, alle bande orarie, alle tariffe, alle regole di concorrenza, alla sicurezza dei passeggeri e degli aeromobili ed a tutte le altre questioni necessarie per la creazione di un'area di libero scambio dei servizi di trasporto aereo tra la UE e gli Stati Uniti. Il contenuto innovativo dell'attuale mandato rispetto al precedente, attribuito nel 1996, appare evidente: la Commissione ha finalmente ottenuto l'autorizzazione a negoziare con gli Stati Uniti, sia norme relative all'accesso al mercato, alla capacità ed alle tariffe, sia l'applicazione delle regole di concorrenza, due poteri esclusi dal precedente mandato e necessari all'instaurazione dell'area di libero scambio.

Per quanto concerne gli accordi esistenti, occorre distinguere tra quelli stipulati dagli Stati membri dell'Unione europea con gli Stati Uniti e quelli conclusi con Paesi terzi. Nel primo caso, gli accordi esistenti restano in vigore solo fino a quando non saranno sostituiti dall'accordo unico negoziato direttamente tra la Commissione e gli Stati Uniti, mentre gli accordi con altri Paesi rimangono validi *ad interim*, salvo l'obbligo, in capo agli Stati membri, di rimuovere o modificare le eventuali norme, in contrasto con le disposizioni comunitarie destinate a garantire pari opportunità a tutti i vettori comunitari nell'accesso alle rotte aeree internazionali.

La rinegoziazione e la sostituzione delle norme o clausole incompatibili potranno essere effettuate dalla Commissione o dai singoli Stati membri, sotto la supervisione della Commissione stessa, secondo il mandato attribuitole dal Consiglio.

Concludendo, si può affermare che le sentenze *open skies*, prive di qualsivoglia contenuto innovativo sotto il profilo strettamente giuridico, acquisiscono una rilevanza decisamente superiore sul piano pratico, confermando la Comunità quale unico interlocutore a livello internazionale per tutti quegli accordi che vanno a disciplinare materie, oramai divenute di competenza esclusiva comunitaria anche in assenza di espressa previsione in tal senso nel Trattato.

Tuttavia, se si considera che già nel 1971, *Gori* nel commentare la sentenza *AETS* rilevava la chiara valenza politica di tale decisione, richiamata nell'affermazione di una «concezione dinamica ed evolutiva della Comunità, nel senso di un progressivo ampliamento dei suoi poteri anche sul piano dei rapporti esterni, in virtù non già di ulteriori atti degli Stati agenti in quanto tali, bensì di un processo interno alla stessa organizzazione comunitaria (...)»⁴⁶, non ci si può esimere dal rilevare come la pronuncia della Corte sugli accordi bilaterali *open skies* metta in luce l'anacronistica e limitata visione degli Stati membri incapaci, giunti nel terzo millennio, di comprendere l'importanza di trasferire alla Comunità quelle competenze essenziali allo sviluppo del mercato del trasporto aereo, attività destinata, fin dalle sue origini, ad operare su un piano transnazionale ed oggi più che mai globale.

Appaiono tanto innegabili i benefici apportati, ai consumatori in prima istanza ed all'Unione europea intera in seconda, dalla liberalizzazione del mercato europeo del trasporto aereo agli inizi degli anni Novanta, quanto evidente la necessità di superare le barriere regolamentari locali e regionali e di definire un futuro assetto regolamentare dell'aviazione commerciale, indirizzato ad una completa liberalizzazione, di cui l'accordo bilaterale UE – Stati Uniti d'America dovrà costituire il primo essenziale tassello.

Alessandro Lega*

⁴⁶ GORI, *Sulla competenza negoziale esterna delle Organizzazioni intergovernative con particolare riguardo alle Comunità Europee*, in *Riv. dir. eur.*, 1971, p. 188.

* Dottorando di ricerca in diritto dei trasporti presso l'Università degli Studi di Udine - Cultore della materia presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

UNO STATO MEMBRO È OBBLIGATO A RISARCIRE I DANNI CAUSATI AI SINGOLI ANCHE NELL'IPOTESI DI UNA VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO DA PARTE DI UN PROPRIO ORGANO GIURISDIZIONALE DI ULTIMO GRADO SEMPRE CHE LA VIOLAZIONE SIA MANIFESTA

Corte di giustizia

Sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01

Gerhard Köbler c. Repubblica d'Austria

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Parità di trattamento - Retribuzione dei professori universitari - Discriminazione indiretta - Indennità speciale di anzianità di servizio - Premio fedeltà - Artt. 39 ss. CE - Libera circolazione dei lavoratori - Art. 234, 3° comma CE - Responsabilità di uno Stato membro per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili - Violazioni imputabili a un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza - Condizioni per il risarcimento dei danni ai singoli - Conferimento dei diritti ai singoli da parte della norma giuridica violata - Violazione manifesta - Nesso causale tra la violazione dell'obbligo e il danno subito.

Il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili si applica anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sempre che la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese. Al fine

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

di determinare se la violazione sia sufficientemente caratterizzata allorché deriva da una tale decisione, il giudice nazionale competente deve, tenuto conto della specificità della funzione giurisdizionale, accertare se tale violazione presenti un carattere manifesto. Spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative a tale risarcimento¹.

Gli artt. 39 del Trattato Ce e 7, n. 1, del regolamento Cee del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, devono essere interpretati nel senso che si oppongono alla concessione, in condizioni quali quelle previste all'art. 50 bis del Gehaltsgesetz 1956 (legge sulle retribuzioni del 1956), come modificato nel 1997, di un'indennità speciale di anzianità di servizio che, secondo l'interpretazione data dal Verwaltungsgerichtshof (Austria) nella sentenza del 24 giugno 1998, costituisce un premio di fedeltà².

Una violazione del diritto comunitario quale quella derivante, nelle circostanze della fattispecie di cui alla causa principale, dalla sentenza del Verwaltungsgerichtshof del 24 giugno 1998, non ha il carattere manifesto richiesto affinché sussista, in forza del diritto comunitario, la responsabilità di uno Stato membro a causa di una decisione di uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado³.

¹⁻³ La Corte di giustizia consolida la propria giurisprudenza sulla responsabilità degli Stati per i danni provocati agli individui per la mancata applicazione del diritto comunitario. Essa ha precisato che gli Stati membri sono obbligati a risarcire i danni causati ai singoli anche quando le violazioni del diritto comunitario siano imputabili ad un organo giurisdizionale di ultimo grado.

Nel caso esaminato la Corte ha precisato che il fatto di escludere dal computo dell'anzianità e della retribuzione gli anni di servizio prestati nelle università di altri Stati membri contrasta con la normativa comunitaria relativa alla libera circolazione dei lavoratori.

Questo è quanto ha statuito la Corte di giustizia nella questione pregiudiziale scaturita da una controversia che ha visto contrapposti la Repubblica d'Austria e il signor Köbler, professore universitario austriaco, che aveva chiesto l'indennità di anzianità di servizio, a causa della violazione del diritto comunitario contenuta in una sentenza pronunciata dal *Verwaltungsgerichtshof*, il Tribunale supremo amministrativo austriaco.

Il signor Köbler, essendo stata respinta con sentenza del 24 giugno 1998 la domanda presentata per l'attribuzione dell'indennità speciale di anzianità prevista per i professori universitari, proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo austriaco il quale addiva la Corte di giustizia. Tuttavia, sulla base della sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia in data 15 gennaio 1998, in un caso analogo (in causa n. C-15/96, *Schöningh-Kougebetopoulou*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 47) il *Verwaltungsgerichtshof* ritirava la questione pregiudiziale e respingeva il ricorso del signor Köbler giustificando che l'indennità speciale di anzianità di servizio costituiva un premio di fedeltà e che come tale ammetteva una deroga alle disposizioni comunitarie sulla libera circolazione dei lavoratori. Si precisa che nella sentenza sulla quale si è basato l'organo giurisdizionale nazionale nel respingere il ricorso del signor Köbler, la Corte aveva dichiarato il contrasto con il diritto comunitario di una clausola contenuta in un contratto collettivo, applicabile alla pubblica amministrazione di uno Stato membro, che prevedeva, per gli impiegati, un avanzamento per anzianità dopo otto anni di attività lavorativa in un livello retributivo determinato da tale contratto, senza tener conto dei periodi lavorativi, in un settore di attività analogo, precedentemente compiuti presso la pubblica amministrazione di un altro Stato membro.

Ossia, il fatto di escludere dal computo i periodi lavorativi comparabili compiuti presso la pubblica amministrazione in un altro Stato membro contrastava con il principio della libera circolazione dei lavoratori.

Il ricorrente presentava così un ricorso contro la Repubblica d'Austria dinanzi al giudice del rinvio con una domanda di risarcimento dei danni. Egli sosteneva che la sentenza del supremo organo amministrativo austriaco di ultimo grado, sopra citata, violava la normativa comunitaria così come interpretata dalla Corte di giustizia nelle sentenze nelle quali veniva affermato che un'indennità speciale di anzianità di servizio non costituiva un premio di fedeltà.

Il *Landesgericht für Zivilrechtssachen* di Vienna si rivolgeva così alla Corte chiedendo innanzitutto se l'obbligo a carico degli Stati membri di risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario possa trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui la violazione derivi da una pronuncia di un organo giurisdizionale di ultimo grado. Sul punto, la Corte richiama la propria giurisprudenza precisando che il principio della responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili attiene al sistema del Trattato (cfr. sentenze del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e a.*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 81, con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i Paesi inadempienti*, p. 91; 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 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 51 con nota di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, p. 52 ss.; del 26 marzo 1996 in causa n. C-392/93, *British Telecommunications*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1631; del 23 maggio 1996 in causa n. C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2553 e in questa *Rivista*, 1997, p. 56 con commento L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause Brasserie du pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas*, p. 63 ss.; dell'8 ottobre 1996 in cause riunite n. C-178/94, n. C-179/94, e da n. C-188/94 a n. C-190/94, *Dillenkofer e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4845; del 2 aprile 1998 in causa n. C-127/95, *Norbrook Laboratories*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1531, e del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5123).

Inoltre, il principio della responsabilità dello Stato trova applicazione con riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione abbia dato origine all'infrazione (anche l'Avvocato Generale M. P. Léger, nelle proprie conclusioni dell'8 aprile 2003 alle quali si rimanda, ha affermato il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a risarcire i danni causati ai singoli per le violazioni del diritto comunitario a loro imputabili anche se la trasgressione è attribuibile ad una giurisdizione di ultimo grado). La Corte sottolinea, altresì, che ai sensi dell'art. 234, 3° comma CE, quando una questione pregiudiziale è sollevata in un giudizio pendente dinanzi ad una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, il giudice nazionale è obbligato a rivolgersi alla Corte di giustizia. Ed in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali per garantire un'effettiva tutela dei diritti dei singoli (cfr. sentenze del 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe*, in *Raccolta*, 1976, p. 1989; del 27 febbraio 1980 in causa n. 68/79, *Just*, in *Raccolta*, 1980, p. 501 e del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599).

Con riferimento alle condizioni necessarie per la reale configurazione di una violazione del diritto comunitario la Corte di giustizia, richiamando la propria costante giurisprudenza sul punto, precisa le tre condizioni alla presenza delle quali lo Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili: *a.* la norma giuridica violata deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli individui; *b.* deve trattarsi di una violazione grave e manifesta; *c.* deve sussistere un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incumbente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

La Corte si sofferma, in particolare, a chiarire la seconda delle condizioni sopra citate, ossia le caratteristiche di una violazione manifesta e precisa che il giudice nazionale di-

nanzi al quale è pendente una causa di risarcimento danni è tenuto a considerare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria, nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del proprio obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE.

A parere della Corte, si è in presenza di una violazione del diritto comunitario sufficientemente caratterizzata quando la pronuncia che ha dato luogo alla violazione è intervenuta non prendendo palesemente in considerazione la giurisprudenza della Corte in materia, ed è compito degli Stati membri, sulla base dei propri ordinamenti giuridici interni, designare il giudice competente a risolvere le controversie concernenti il diritto al risarcimento del danno.

Con la terza questione la Corte ha preso in considerazione gli effetti che l'indennità speciale di anzianità produce sulla libera circolazione dei lavoratori. Essa precisa la natura delle condizioni previste per la concessione dell'indennità speciale di anzianità di servizio e statuisce che la norma di cui all'art. 50 *bis*, n. 1, del GG - legge sulle retribuzioni del 1956, BGBl. 1956/54, contenente un'implicita esclusione per il computo dell'indennità speciale di anzianità dei periodi di attività effettuati da un professore universitario al di fuori del territorio austriaco è, come tale, atta ad ostacolare la libera circolazione dei lavoratori e non può essere giustificata da motivi imperativi di interesse pubblico: i professori universitari austriaci, infatti, sarebbero in un certo senso incoraggiati a rimanere a lavorare presso le università austriache per non perdere l'indennità prevista dalla normativa nazionale. Una tale misura potrebbe essere giustificata solamente se perseguisse uno scopo legittimo e compatibile con il Trattato CE e fosse giustificata da motivi di interesse pubblico.

Infine, con le ultime due questioni volte ad accertare l'eventuale sussistenza di una responsabilità dello Stato austriaco a causa di una violazione del diritto comunitario determinata dalla sentenza del Tribunale austriaco del 24 giugno 1998, la Corte osserva che il Tribunale amministrativo austriaco aveva deciso di ritirare la propria domanda di pronuncia pregiudiziale non ritenendo più necessario sottoporre alla Corte la questione interpretativa a causa di un'erronea interpretazione della sentenza del 15 gennaio 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, *cit.*

Ne consegue, secondo la Corte, che il Tribunale supremo austriaco non ha commesso una violazione manifesta e sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario, escludendo così la responsabilità civile della Repubblica d'Austria.

LO STATO MEMBRO CHE LIMITA IL CAMBIAMENTO DEL COGNOME CONSENTITO DALLA NORMATIVA DI UN ALTRO STATO MEMBRO VIOLA LE NORME COMUNITARIE SUL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE EX ART. 12 DEL TRATTATO CE

Corte di giustizia

Sentenza del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02

Carlos Garcia Avello c. Stato Belga

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 17-18 CE - Cittadinanza dell'Unione europea - Sistemi di denominazione delle persone - Trasmissione del cognome - Intrasmissibilità del cognome materno - Figli mino-

renni di cittadini di Stati membri - Doppia cittadinanza - Cambiamento di cognome - Limiti alla libertà di circolazione - Art. 12 CE - Divieto di discriminazione - Contrasto.

Gli artt. 12 e 17 del Trattato CE devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che, in circostanze come quelle della causa principale, l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro¹.

¹ Il signor Garcia Avello, cittadino spagnolo, e sua moglie signora Weber, cittadina belga, sono residenti in Belgio ove hanno avuto due figli che, oltre alla doppia nazionalità, hanno, in conformità della legge belga, il cognome del padre. I coniugi, con richiesta motivata al Ministro della giustizia belga il 7 novembre 1995, quali esercenti la potestà sui figli minori, chiedevano la modifica del cognome di questi ultimi in «Garcia-Weber», sostenendo che, conformemente al diritto spagnolo, il cognome dei figli di una coppia coniugata è composto dal primo cognome del padre seguito da quello della madre.

La richiesta veniva respinta sulla base del fatto che in Belgio i figli portano solamente il cognome del padre. Il ricorrente si è allora rivolto al *Conseil d'Etat* il quale ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire innanzitutto se la situazione oggetto della controversia principale possa rientrare nell'ambito di applicazione del diritto comunitario con particolare riferimento alle disposizioni comunitarie relative alla cittadinanza dell'Unione e se queste ultime disposizioni contrastino con una normativa nazionale che non consenta una variazione del cognome in una situazione come quella sopra descritta.

La Corte di giustizia osserva che, nell'ambito di applicazione del Trattato, prescindere dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste, lo *status* di cittadino dell'Unione di cui beneficiano i figli del signor Garcia Avello consente ai soggetti che si trovano nella medesima situazione di ottenere lo stesso trattamento giuridico. In particolare, la libertà di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri rientra nel campo di applicazione del Trattato CE (cfr. la sentenza dell'11 luglio 2002 in causa n. C-224/98, *D'Hoop*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6191 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 526; del 17 settembre 2002 in causa n. C-413/99, *Baumbast e R.*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7091; del 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 696 nonché del 24 novembre 1998 in causa n. C-274/96, *Bickel e Franz*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7637 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 69) e gli Stati membri, competenti a disciplinare il cognome dei soggetti devono agire nel pieno rispetto del diritto comunitario (la Corte si è pronunciata in un analogo caso avente ad oggetto l'interpretazione degli artt. 39 e 42 del Trattato CE con riferimento alle disposizioni tedesche che accordavano valore probatorio differente ai certificati di stato civile a seconda che essi fossero tedeschi o stranieri, nella sentenza del 2 dicembre 1997 in causa n. C-336/94, *Dafeki*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6761: «Nei procedimenti intesi a determinare i diritti alle prestazioni previdenziali di un lavoratore migrante, cittadino comunitario, gli enti nazionali competenti in materia di previdenza sociale e i giudici nazionali di uno Stato membro sono obbligati ad attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile emessi 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»).

I figli del ricorrente, cittadini di uno Stato membro e che risiedono sul territorio di un

altro Stato membro possono invocare l'applicazione dell'art. 12 del Trattato CE relativo al divieto di discriminazione a motivo della loro cittadinanza con riferimento alle norme che disciplinano il loro cognome (cfr. sentenza del 7 luglio 1992 in causa n. C-369/90, *Michelletti e a.*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4239).

La Corte di giustizia osserva che i figli del signor Avello si vedono negato il diritto di portare il cognome risultante dall'applicazione della normativa spagnola. L'Avvocato Generale F. G. Jacobs, nelle proprie conclusioni presentate in data 22 maggio 2003, aveva precisato che l'applicazione ad un cognome spagnolo del sistema vigente in Belgio può presentare a coloro che sono abituati al sistema spagnolo, un'immagine distorta dei rapporti familiari: i figli del signor Garcia Avello apparirebbero come fratello e sorella del padre. Inoltre, evidenti inconvenienti di ordine professionale e privato potrebbero insorgere per i figli dal fatto che il loro cognome registrato dalle autorità belghe è differente da quello registrato dalle autorità spagnole.

La Corte, ritenendo che le argomentazioni dedotte dal Governo belga fondate sull'invariabilità del cognome per evitare confusione sull'identità e sulla filiazione delle persone, nonché l'obiettivo d'integrazione perseguito dalla prassi controversa non fossero sufficienti a giustificare la stessa, ha concluso affermando la sussistenza di un contrasto con la normativa comunitaria sulla cittadinanza europea della prassi amministrativa seguita dallo Stato belga che non permette di riconoscere il doppio cognome, aderendo così alle conclusioni dell'Avvocato Generale secondo le quali: «Il combinato disposto degli artt. 12 e 17 CE osta all'applicazione di una regola o di una prassi amministrativa di uno Stato membro in base alla quale sia sistematicamente respinta una domanda di cambiamento del cognome di cittadini di tale Stato, allorché tale domanda sia motivata dal fatto che il richiedente possiede anche la cittadinanza di un altro Stato membro, porta un cognome diverso conformemente alle leggi di tale altro Stato e desidera portare in ogni caso un cognome formato in conformità a queste ultime leggi».

SONO COMPATIBILI CON LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE LE INTERRUZIONI PUBBLICITARIE PREVISTE NELLE TRASMISSIONI DI «SERIE TELEVISIVE»

Corte di giustizia

Sentenza del 23 ottobre 2003 in causa n. C-245/01

RTL Television GmbH c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 89/552/Cee, art. 11, comma 3 - Esercizio delle attività televisive - Pubblicità televisiva - Interruzioni pubblicitarie di opere audiovisive - Frequenza delle interruzioni pubblicitarie - Nozione di serie televisive - Caratteristiche e nesso tra i film mandati in onda.

I film prodotti per la televisione che prevedono, sin dalla loro ideazione, pause per l'inserimento di messaggi pubblicitari rientrano nella nozione di «film prodotti per la televisione» di cui all'art. 11, n. 3, della direttiva del Consiglio del 3 ottobre 1989, n. 89/552/Cee, relativa al coordinamento di determi-

nate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997, n. 97/36/Ce¹.

I nessi che devono intercorrere tra i film, affinché questi ultimi possano rientrare nella deroga prevista per le «serie» di cui all'art. 11, n. 3, della detta direttiva, devono riguardare il contenuto dei film interessati, come ad esempio lo sviluppo di una stessa linea narrativa da una trasmissione all'altra o la comparsa ripetuta di uno o più personaggi nelle diverse trasmissioni².

¹⁻² Il Tribunale amministrativo del Land della Bassa Sassonia ha chiesto alla Corte di giustizia di accertare la portata dell'art. 11, n. 3, della direttiva del Consiglio del 3 ottobre 1989, n. 89/552/Cee (in *Guce* n. L 298 del 1989, p. 23, modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997, n. 97/36/Ce, in *Guce* n. L 202 del 1997, p. 60).

L'art. 11 della direttiva disciplina la frequenza degli intervalli pubblicitari. In particolare, al comma 1, viene consentito l'inserimento di *spot* pubblicitari sia tra i programmi televisivi, sia nel corso degli stessi, purché ciò avvenga nel rispetto di alcune condizioni particolari specificamente indicate.

L'art. 11, par. 4, stabilisce la regola generale secondo cui devono trascorrere almeno venti minuti tra ogni successiva interruzione all'interno del programma, mentre l'art. 11, par. 3, introduce una norma speciale relativa alla «trasmissione di opere audiovisive come i lungometraggi cinematografici ed i film prodotti per la televisione». Tali opere, tenuto conto di una durata programmata superiore a quarantacinque minuti, possono essere interrotte soltanto una sola volta ogni quarantacinque minuti e una successiva interruzione è consentita se la trasmissione ha una durata che supera di almeno venti minuti due o più periodi completi di quarantacinque minuti. L'art. 11, comma 3, prevede, altresì, una deroga alla norma con riferimento ai lungometraggi per la televisione. La deroga riguarda le serie televisive, i romanzi a puntate, i programmi ricreativi, nonché i documentari, con la conseguenza che tali trasmissioni vengono assoggettate alla regola generale sopra citata (art. 11, par. 4). Si precisa che l'art. 14 della Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera del 5 maggio 1989 è identico nel contenuto all'art. 11 della direttiva in esame (v. N. PARISI, *Casi e materiali di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, p. 95).

Si precisa, inoltre, che il ventiseiesimo considerando della direttiva n. 89/552/Cee sottolinea che, al fine di garantire una completa ed adeguata protezione degli interessi dei consumatori in qualità di telespettatori, è necessario che la pubblicità televisiva sia sottoposta ad un certo numero di norme minime e di criteri.

Le questioni sottoposte alla Corte riguardano sostanzialmente due punti controversi.

Il primo consiste nel chiarire se l'art. 11, comma 3, della direttiva n. 89/552/Cee si applichi ai film prodotti per la televisione ideati fin dall'inizio per l'inserimento di interruzioni pubblicitarie, mentre il secondo punto concerne i criteri utilizzabili per trasmettere i film per la televisione qualificandoli «serie», in modo da escluderli dall'ambito di applicazione dell'art. 11, comma 3.

Dopo avere fornito un breve quadro normativo di riferimento, analizziamo i fatti all'origine della controversia da cui è scaturita la sentenza qui esaminata.

Le questioni pregiudiziali sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra un'emittente televisiva privata la RTL, e l'Istituto del Land della Bassa Sassonia per la radiotelevisione privata, -NLM-, un ente pubblico del Land della Bassa Sassonia che è succeduto alla Commissione del Land della Bassa Sassonia per la radiotelevisione - NLA - ed è subentrato a quest'ultimo nei poteri di controllo sulle emittenti televisive private, per una decisione presa dall'NLA con la quale quest'ultimo ha statuito che taluni film trasmessi dalla RTL non rispettavano la normativa comunitaria relativa alle interruzioni pubblicitarie. I film in questione, della durata di circa novanta minuti, che a parere dell'NLA non potevano essere considerati come «serie» televisive, prevedevano per ciascu-

no quattro interruzioni pubblicitarie. La RTL presentava al Tribunale amministrativo di primo grado del Land della Bassa Sassonia un ricorso per l'annullamento della decisione dell'NLA.

A sostegno del proprio ricorso l'emittente ha chiarito cosa debba intendersi per serie televisiva e il Tribunale amministrativo tedesco ha rinviato la questione alla Corte di giustizia chiedendo se i film prodotti per la televisione e che prevedono, sin dalla loro ideazione, pause per l'inserimento di messaggi pubblicitari rientrino nella nozione di «film prodotti per la televisione» ai sensi dell'art. 11, comma 3, della direttiva n. 89/552/Cee, alla luce del fatto che tale disposizione, ha come scopo quello di limitare le interruzioni pubblicitarie per tutelare il valore artistico dei film prodotti per il cinema e per la televisione.

La Corte di giustizia, investita della questione ha prima di tutto precisato che il regime della protezione rafforzata previsto nell'art. 11, comma 3, della direttiva n. 89/552/Cee che trova applicazione per i film prodotti per la televisione, quali quelli di cui alla causa principale, non comporta una violazione dei diritti fondamentali anche se tale disciplina può costituire una limitazione della libertà d'espressione contenuta nell'art. 10, n. 1, della CEDU. Tale limitazione appare in ogni modo giustificata, secondo la Corte, ai sensi dell'art. 10, n. 2, della CEDU in quanto la norma controversa persegue l'obiettivo di «protezione (...) dei diritti altrui», ossia la protezione dei consumatori, che sono i telespettatori, nonché del loro interesse ad accedere a programmi di qualità. Tali obiettivi possono quindi giustificare misure contro la pubblicità eccessiva.

La Corte, peraltro, aveva già avuto modo di precisare che la tutela dei consumatori contro gli abusi della pubblicità commerciale o il mantenimento di una certa qualità dei programmi costituiscono obiettivi che possono giustificare restrizioni imposte dagli Stati membri alla libera prestazione dei servizi in materia di pubblicità televisiva (cfr. sentenze del 25 luglio 1991 in causa n. C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4007 e in questa *Rivista*, 1992, p. 341 con commento di G. FIENGO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla pubblicità radiotelevisiva e la nuova lettura dell'art. 59 del Trattato Cee*, p. 349 nonché del 28 ottobre 1999 in causa n. C-6/98, *ARD*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7599 e in questa *Rivista*, 2000, p. 511 con commento di M. AMBANELLI, *Televisioni senza frontiere: la Corte di giustizia sceglie una pubblicità «lorda» (ma non troppo)*, p. 519). La Corte opera un richiamo anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale gli Stati membri hanno un certo margine di discrezionalità nella valutazione della necessità di apporre delle limitazioni alla libertà d'espressione (cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 giugno 2001, *VGT Verein gegen Tierfabriken/Svizzera*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-VI).

Ne consegue, pertanto, l'applicabilità dell'art. 11, comma 3, della direttiva n. 89/552/Cee ai film prodotti per la televisione.

Con le ultime due questioni, la Corte ha chiarito quali siano le caratteristiche che devono sussistere perché più film possano essere considerati come una serie televisiva e rientrare nella deroga prevista dall'art. 11, comma 3 della direttiva n. 89/552/Cee. Secondo la Corte, poiché non vi sono nel testo normativo sufficienti chiarimenti riguardo alla nozione di «film prodotti per la televisione» e di «serie», occorre avere riguardo alla *ratio* e alla finalità della normativa così da raggiungere un corretto equilibrio tra la libera circolazione dei servizi e le esigenze delle emittenti televisive, nonché la salvaguardia degli interessi dei consumatori in qualità di telespettatori.

Alla luce di tali considerazioni la Corte precisa che la nozione di «serie» richiede legami di ordine materiale, ossia caratteristiche comuni che si riferiscono al contenuto specifico dei film interessati (intreccio simile, medesima fascia oraria di trasmissione, medesima linea narrativa e stessi protagonisti) e ravvisa la necessità di un minore livello di concentrazione richiesto per la serie televisiva per giustificare la minore protezione dei telespettatori contro la pubblicità eccessiva durante tali trasmissioni.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA CHE IL VALORE
DI UN NUTRIENTE RIPORTATO SULL'ETICHETTA
PUÒ RIFERIRSI ALLA QUANTITÀ DELLO STESSO
ESISTENTE ALLA SCADENZA DEL PRODOTTO**

Corte di giustizia

Sentenza del 23 ottobre 2003 in causa n. C-40/02

Margareta Scherndl c. Bezirkshauptmannschaft Korneuburg

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 90/496/Cee - Etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari - Contenuto di vitamine - Valore dichiarato - Valore medio - Data di riferimento - Valore nutrizionale residuo - Scostamenti ammessi tra valore dichiarato e valore constatato in occasione di controlli ufficiali - Proporzionalità - Certezza del diritto.

Gli artt. 1, n. 4, lett. k., e 6, n. 8, della direttiva del Consiglio del 24 settembre 1990, n. 90/496/Cee, relativa all'etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari, devono essere interpretati nel senso che, da un lato, la quantità di un nutriente, quale la vitamina C, indicata su un prodotto alimentare a seguito di analisi di quest'ultimo effettuate dal produttore può corrispondere alla quantità del nutriente stesso contenuta nell'alimento in questione alla scadenza del termine minimo di conservazione del medesimo e, dall'altro, la determinazione degli scostamenti ammessi tra il valore indicato e quello constatato in occasione di un controllo ufficiale rientra, allo stato attuale del diritto comunitario, nella competenza degli Stati membri¹.

(...) Non occorre (...) ritenere che gli artt. 1, n. 4, lett. k., e 6, n. 8, della direttiva n. 90/496/Cee contengano - come paventato dal giudice del rinvio - restrizioni inappropriate o sproporzionate dell'attività dei fabbricanti di prodotti alimentari².

¹⁻² Le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice austriaco e aventi ad oggetto l'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva del Consiglio del 24 settembre 1990, n. 90/496/Cee, relativa all'etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari (in *Guce* n. L 276 del 1990, p. 40) sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la signora Scherndl e la Bezirkshauptmannschaft Korneuburg, avente ad oggetto una decisione amministrativa con la quale la signora veniva riconosciuta colpevole, nella sua qualità di legale rappresentante dell'impresa Hofer KG, di aver violato la normativa austriaca in materia di etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari. In particolare, le veniva addebitato di avere posto in commercio il succo di ananas denominato «Premium Ananas-saft 100%» con un tenore di acido ascorbico che si discostava del 40% dal tenore indicato (300mg/l). Un'analisi effettuata dall'Istituto federale per il controllo e l'analisi degli alimenti avrebbe indicato, infatti, un tenore di acido ascorbico pari a 430mg/l.

La signora Scherndl, in seguito al rigetto dell'opposizione proposta avverso tale decisione, ha interposto appello dinanzi al giudice del rinvio che, rivoltosi alla Corte con la formulazione di tre questioni pregiudiziali, ha chiesto di chiarire innanzitutto due punti

controversi relativamente all'interpretazione degli artt. 1, n. 4, lett. *k.*, e 6, n. 8, della direttiva n. 90/496/Cee. In *primis* se tali articoli debbano essere interpretati nel senso che la quantità di vitamina C, indicata su un prodotto alimentare, a seguito di analisi effettuate dal produttore, può corrispondere alla quantità del nutriente stesso contenuta nell'alimento in questione alla scadenza del termine minimo di conservazione e, in secondo luogo, se gli Stati membri hanno la competenza a determinare gli scostamenti ammessi tra il valore indicato e quello accertato in occasione di un controllo ufficiale.

La signora Scherndl, nelle proprie difese, in considerazione del fatto che i valori sarebbero stati calcolati dal produttore in modo tale da risultare ancora soddisfatti alla scadenza del termine minimo di conservazione, aveva osservato *a.* che i valori indicati facevano riferimento a quelli presenti alla fine del periodo minimo di conservazione, *b.* che il contenuto di vitamine può diminuire in misura rilevante a causa di fattori esterni, quali l'aria, la luce, la temperatura e il passare del tempo nonché *c.* che le vitamine non provocano ipervitaminosi.

Si precisa che l'art. 1, n. 4, della direttiva prevede che: «Ai sensi della presente direttiva si intende per: *a.* etichettatura nutrizionale: una dichiarazione riportata sull'etichetta e relativa: (...) *ii.* ai seguenti nutrienti: (...) - vitamine e sali minerali, elencati nell'allegato e presenti in quantità significativa conformemente allo stesso. Le modifiche dell'elenco delle vitamine, dei sali minerali e delle relative razioni giornaliere raccomandate sono adottate secondo la procedura prevista all'articolo 10; (...) *k.* valore medio: il valore che rappresenta meglio la quantità di un nutriente contenuto in un dato alimento tenendo conto delle tolleranze dovute alle variazioni stagionali, alle abitudini di consumo e agli altri fattori che possono farne variare il valore effettivo». L'art. 6, n. 8, della medesima direttiva precisa che: «I valori dichiarati sono valori medi debitamente stabiliti, a seconda dei casi, in base: *a.* alle analisi dell'alimento effettuate dal produttore; *b.* al calcolo in base ai valori medi noti o effettivi degli ingredienti impiegati; *c.* al calcolo in base a dati generalmente fissati e accettati».

La Corte di giustizia, ritiene che per rispondere alle questioni proposte occorre soffermarsi puntualmente sul contenuto delle disposizioni oggetto di interpretazione, nonché sul secondo e sul quarto *considerando* della direttiva secondo i quali: «la relazione tra alimentazione e salute e la scelta di un'alimentazione appropriata corrispondente alle esigenze individuali suscitano un crescente interesse della popolazione» e che «la conoscenza dei principi basilari della nutrizione ed un'opportuna etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari sarebbero molto utili al consumatore per fare le proprie scelte».

Gli Stati membri, avendo come primaria esigenza quella di consentire ai consumatori una giusta scelta nell'alimentazione mediante un'adeguata etichettatura nutrizionale, devono indicare, con riferimento a ciascuna sostanza nutritiva dichiarata, con chiarezza e precisione, sia la data di riferimento da prendere in considerazione ai fini del calcolo del valore medio, sia gli scostamenti ammessi tra il valore dichiarato e quello constatato in occasione di un controllo ufficiale (cfr., sentenza del 12 dicembre 1996 in cause riunite n. C-74/95 e n. C-129/95, *Procedimento penale c. X*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6609 e in questa *Rivista*, 1997, p. 128 con nota di F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di giustizia Ce sui terminali e la responsabilità dei datori di lavoro*, p. 129 ss.).

Tale argomentare, a parere della Corte di giustizia, non contrasta con l'art. 7, n. 3 della direttiva medesima che vieta agli Stati membri di introdurre «requisiti più particolareggiati di quelli già contenuti nella presente direttiva» in materia di etichettatura nutrizionale. Infatti, tale disposizione contiene solamente un obbligo per gli Stati membri non avendo assolutamente ad oggetto le regole e i metodi tecnici di calcolo del valore medio, né il margine ammesso per gli scostamenti tra il valore indicato e quello constatato in occasione di un controllo ufficiale.

Ne consegue che uno Stato membro può benissimo prendere quale data di riferimento per indicare il valore medio di un nutriente da indicare sull'etichetta di un prodotto alimentare la data corrispondente alla fine del periodo di conservazione del prodotto stesso.

Infine, con riferimento agli scostamenti ammessi tra il valore medio dichiarato e quello effettivamente constatato in occasione di un controllo ufficiale, gli Stati membri hanno il compito di prevedere, nei loro ordinamenti interni, la normativa intesa a conoscere, nonché a determinare gli scostamenti ammessi per ciascun nutriente considerato in ma-

niera tale da soddisfare le esigenze di certezza del diritto, almeno fino a quando non sarà adottata una normativa comunitaria di armonizzazione di cui all'art. 6, n. 8, secondo comma, della direttiva, ai sensi del quale saranno decise le modalità d'applicazione per quanto riguarda i divari fra i valori dichiarati e quelli constatati nei controlli ufficiali. Anche l'Avvocato Generale J. Mischo, nelle proprie conclusioni presentate in data 10 aprile 2003 aveva concluso nel senso che: «In assenza di attuazione dell'art. 6, n. 8, secondo comma, della direttiva del Consiglio del 24 settembre 1980, n. 90/496/Cee, relativa all'etichettatura nutrizionale di prodotti alimentari, spetta agli Stati membri precisare la data (o le date) di riferimento da prendere in considerazione nella determinazione del valore medio nonché la portata dei divari tollerati, nel rispetto delle disposizioni e dell'obiettivo di questa stessa direttiva. A tal riguardo, l'art. 1, lett. k., della direttiva n. 90/496/Cee non osta a che la cifra indicante il valore medio è basata su un'analisi del prodotto di cui trattasi effettuata dal produttore in applicazione dell'art. 6, n. 8, lett. a., della stessa direttiva, rappresenti il valore del prodotto alla scadenza del termine minimo di conservazione».

CONTRASTA CON LA NORMATIVA COMUNITARIA LA LEGISLAZIONE FISCALE TEDESCA CHE NON AMMETTE LA DEDUCIBILITÀ DELLE SPESE SOSTENUTE IN UN ALTRO STATO MEMBRO

Corte di giustizia

Sentenza del 13 novembre 2003 in causa n. C-209/01

Theodor Schilling, Angelika Fleck-Schilling c. Finanzamt Nürnberg-Süd

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 39 CE - Libera circolazione dei lavoratori - Dipendenti e agenti delle Comunità europee - Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee dell'8 aprile 1965 - Mantenimento del domicilio fiscale nello Stato membro d'origine - Imposta nazionale sui redditi - Deduzione delle spese per una collaboratrice domestica - Deduzione fiscale non connessa al reddito professionale dei contribuenti - Contrasto.

L'art. 39 del Trattato CE, in combinato disposto con l'art. 14 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee, osta al fatto che un dipendente delle Comunità europee originario della Germania, che risieda in Lussemburgo, ove svolge la sua attività di dipendente comunitario, e che abbia sostenuto spese per una collaboratrice domestica in quest'ultimo Stato, non possa dedurre tali spese dai propri redditi imponibili in Germania in ragione del fatto che i contributi versati per la collaboratrice domestica non sono stati pagati al regime pensionistico legale tedesco bensì al regime lussemburghese¹.

¹ Il Tribunale federale tributario tedesco ha rinviato alla Corte di giustizia, ex art. 234

CE, alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee, dell'8 aprile 1965 (in *Guce* n. L 152 del 13 luglio 1967, p. 13) nonché dell'art. 39 del Trattato CE, con riferimento all'applicazione dell'art. 10, 1° comma, punto 8, della legge tedesca in materia di imposta sul reddito - EStG - del 1990 secondo la quale è prevista la deducibilità delle spese per la retribuzione di un collaboratore domestico dalla base imponibile a titolo di imposta sui redditi, qualora siano stati versati i contributi sociali obbligatori.

I coniugi Schilling, residenti in Lussemburgo e di nazionalità tedesca, lavoravano come funzionari della Comunità europea in Lussemburgo ove abitavano con la loro famiglia.

Essi percepivano in Germania redditi da locazione e da affitto, nonché, redditi da lavoro autonomo nel corso dell'anno 1992.

Il signor Schilling chiedeva la deduzione in Germania, ai sensi dell'art. 10 della legge tedesca in materia d'imposta sul reddito, delle spese straordinarie che aveva sostenuto negli anni 1991 e 1992 per la retribuzione di una collaboratrice domestica, assunta in Lussemburgo, ove prestava lavoro presso la propria abitazione.

L'ufficio delle imposte rifiutava tale deduzione precisando che non era stato versato alcun contributo pensionistico tedesco conformemente all'art. 10, 1° comma, punto 8, della predetta legge tedesca. Il reclamo, nonché il ricorso giurisdizionale proposti dai ricorrenti venivano respinti.

I coniugi proponevano così ricorso per cassazione dinanzi al Tribunale federale tributario precisando che l'art. 14 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee aveva lo scopo di mantenere il rapporto fiscale tra il dipendente delle Comunità europee con il proprio Stato membro d'origine come se tale dipendente non avesse mai lasciato tale Stato. Nel caso di specie, tale disposizione consentirebbe di considerare i contributi obbligatori versati al regime pensionistico lussemburghese come se fossero stati pagati in Germania. Si precisa che l'art. 14, primo e secondo comma, del Protocollo, dispone quanto segue: «Ai fini dell'applicazione delle imposte sul reddito e sul patrimonio, dei diritti di successione, nonché delle convenzioni concluse fra i Paesi membri delle Comunità al fine di evitare le doppie imposizioni, i funzionari e altri agenti delle Comunità, i quali, in ragione esclusivamente dell'esercizio delle loro funzioni al servizio delle Comunità, stabiliscono la loro residenza sul territorio di un Paese membro diverso dal Paese ove avevano il domicilio fiscale al momento dell'entrata in servizio presso le Comunità, sono considerati, sia nel Paese di residenza che nel Paese del domicilio fiscale, come tuttora domiciliati in quest'ultimo Paese qualora esso sia membro delle Comunità. (...) I beni mobili appartenenti alle persone di cui al comma precedente e che si trovino nel territorio dello Stato di residenza sono esenti dall'imposta di successione in tale Stato; ai fini dell'applicazione di tale imposta essi sono considerati come se fossero situati nello Stato del domicilio fiscale, fatti salvi i diritti degli Stati terzi e l'eventuale applicazione delle norme delle convenzioni internazionali sulle doppie imposizioni».

Alla luce delle considerazioni esposte dai ricorrenti il Tribunale federale tributario, quale organo supremo ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia se la normativa comunitaria sulla libera circolazione dei lavoratori e l'art. 14 del Protocollo, sopra citato, contrastino con la normativa tedesca che non consente ai dipendenti delle Comunità europee, cittadini tedeschi, residenti in Lussemburgo e che abbiano sostenuto spese per una collaboratrice domestica in quest'ultimo Stato membro, di dedurre tali oneri dai loro redditi imponibili nello Stato d'origine in quanto i contributi versati per la collaboratrice domestica non sono stati pagati al regime pensionistico tedesco, bensì al regime lussemburghese.

La Corte di giustizia, investita delle questioni, precisa prima di tutto che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri i quali devono astenersi da qualsiasi discriminazione, palese o dissimulata, basata sulla cittadinanza (cfr. sentenza del 12 dicembre 2002 in causa n. C-385/00, *De Groot*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11819). Inoltre, i cittadini comunitari, nell'esercizio delle loro attività lavorative, non possono essere sfavoriti da provvedimenti nazionali che potrebbero ostacolare il loro esercizio in un Paese differente da quello d'origine (cfr. le sentenze della Corte di giustizia richiamate: sentenza del 7 luglio 2002 in causa n. C-370/90, *Singh*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4265; del

26 gennaio 1999 in causa n. C-18/95, *Terhoeve*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 345; del 27 gennaio 2000 in causa n. C-190/98, *Graf*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 493 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 623 nonché del 15 giugno 2000 in causa n. C-302/98, *Sehrer*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4585).

Come si evince dall'art. 14 del Protocollo, i dipendenti e gli agenti della Comunità possono chiedere le deduzioni fiscali previste dal regime fiscale nazionale dello Stato membro d'origine, sempre che non siano connesse al loro stipendio di dipendenti o di agenti comunitari. Nel caso di specie, la deduzione fiscale richiesta dai coniugi Schilling non è connessa al reddito professionale dei contribuenti.

Ne consegue che i coniugi Schilling, non potendo soddisfare la condizione concernente il versamento dei contributi nello Stato membro d'origine, poiché hanno lasciato il proprio Paese, sono, pertanto, sfavoriti dalla legislazione nazionale in quanto essa finisce con il dissuadere i cittadini di uno Stato membro dal lasciare il loro Paese, in quanto dipendenti delle Comunità europee, per svolgere la propria attività in un altro Stato.

La Corte conclude, altresì, richiamando la propria giurisprudenza sul punto, precisando che la normativa tedesca contrastante con la libera circolazione dei lavoratori, non può neppure essere giustificata dalla necessità di preservare la coerenza di un regime fiscale (cfr. sentenze del 28 gennaio 1992 in causa n. C-204/90, *Bachmann*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 249; del 28 gennaio 1992 in causa n. C-300/90, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1992, p. 305; del 6 giugno 2000 in causa n. C-35/98, *Verkooijen*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4071 e del 3 ottobre 2002 in causa n. C-136/00, *Danner*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8147). A diversa conclusione è giunto, invece, l'Avvocato Generale A. Tizzano nelle proprie conclusioni presentate in data 6 marzo 2003 laddove ha ritenuto che gli agenti della Comunità potessero invocare i principi della libera circolazione dei lavoratori ex art. 39 CE e che tale disposizione, insieme all'art. 14 del Protocollo, non contrastano con la normativa tedesca in materia di imposta sul reddito.

LA CORTE DI GIUSTIZIA CONDANNA PER LA SECONDA VOLTA UNO STATO MEMBRO (SPAGNA) EX ART. 228 CE AL PAGAMENTO DI UNA PENALITÀ PER LA MANCATA ESECUZIONE DI UNA PRECEDENTE SENTENZA EMANATA NEI SUOI CONFRONTI

Corte di giustizia

Sentenza del 25 novembre 2003 in causa n. C-278/01

Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna

Art. 228 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato membro - Direttiva del Consiglio dell'8 dicembre 1975, n. 76/160/Cee sulla qualità delle acque di balneazione - Sentenza della Corte di giustizia Ce del 12 febbraio 1998 che dichiara l'inadempimento (causa n. C-92/96) - Mancata esecuzione di provvedimenti concreti - Sanzioni pecuniarie - Carattere adeguato della penalità - Condanna.

Il Regno di Spagna, non avendo adottato i provvedimenti necessari per garantire che la qualità delle acque di balneazione interne nel territorio spa-

gnolo sia resa conforme ai valori limite fissati a norma dell'art. 3 della direttiva del Consiglio dell'8 dicembre 1975, n. 76/160/Cee, concernente la qualità delle acque di balneazione, in violazione degli obblighi ad esso incombenti ai sensi dell'art. 4 di tale direttiva, non ha preso tutti i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte del 12 febbraio 1998 in causa n. C-92/96, Commissione c. Spagna comporta e, così facendo, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 228 del Trattato Cee¹.

Il Regno di Spagna è condannato a versare alla Commissione delle Comunità europee, sul conto risorse proprie della Comunità europea, una pena di EUR 624,150 per anno e per punto percentuale delle zone di balneazione nelle acque interne spagnole la cui difformità dai valori limite fissati a norma della direttiva n. 76/160/Cee verrà accertata per l'anno in questione, a decorrere dall'accertamento della qualità delle acque di balneazione nella prima stagione balneare successiva alla pronuncia della presente sentenza fino all'anno nel corso del quale sarà avvenuta la piena esecuzione della sentenza Commissione c. Spagna sopra citata².

¹⁻² È la seconda volta che la Corte di giustizia condanna uno Stato membro al pagamento di una pena per non aver dato esecuzione ad una sentenza con la quale era stato dichiarato l'inadempimento dello Stato ex art. 226 Trattato CE.

La prima volta in cui la Corte si è pronunciata con una sentenza di condanna è stata nel procedimento contro la Grecia, con la sentenza del 4 luglio 2000 (in causa n. C-387/97, Commissione c. Grecia, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5047 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 325).

Nel caso qui esaminato, con la sentenza del 12 febbraio 1998 in causa n. C-92/96, Commissione c. Spagna, in *Raccolta*, 1998, I, p. 505 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 213) la Spagna, non avendo emanato le disposizioni necessarie per rendere la qualità delle acque di balneazione interne nel territorio spagnolo conforme ai valori limite fissati a norma dell'art. 3 della direttiva del Consiglio dell'8 dicembre 1975, n. 76/160/Cee (in *Guce* n. L 31 del 1976, p. 1), è venuta meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi dell'art. 4 della direttiva medesima. Successivamente, non avendo dato esecuzione alla sentenza sopra citata, è venuta meno agli obblighi incombenti ai sensi dell'art. 228 CE. Nella fase precontenziosa, la data alla quale occorre fare riferimento per determinare se uno Stato membro sia venuto meno ai suoi obblighi è quella della scadenza del termine fissato dal parere motivato emanato dalla Commissione. Solo dopo l'esaurimento di tale fase sorge una vera e propria controversia sull'esistenza o meno di una violazione degli obblighi comunitari che viene risolta dalla Corte di giustizia. Così, l'art. 228, n. 2, secondo comma, CE statuisce che la Commissione può adire la Corte «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».

Come è noto, qualora lo Stato persista nell'inadempimento, la Commissione nel procedimento davanti alla Corte di giustizia volto a fare accertare la mancata esecuzione della sentenza che verte sull'infrazione può far condannare lo Stato inadempiente al pagamento di una somma forfetaria o di una pena.

Nonostante che l'art. 228 CE non preveda alcun termine entro il quale lo Stato membro deve dare esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia, sulla base della giurisprudenza risulta che uno Stato membro deve disporre di un termine ragionevole per eseguire la sentenza della Corte.

Un'immediata ed uniforme applicazione del diritto comunitario impone che lo Stato

membro provveda a dare esecuzione alla sentenza entro termini il più possibile ristretti. L'utilizzazione dell'espressione «possibile» indica che un determinato periodo di tempo può trascorrere prima che l'esecuzione della sentenza sia contestabile, per lo meno per quanto riguarda l'esito dei provvedimenti adottati (cfr. sentenza del 4 luglio 2000 in causa n. C-387/97, *Commissione c. Grecia, cit.*, punto 82 che si riporta integralmente: «L'art. 171 (ora art. 228 CE) del Trattato CE non precisa il termine entro il quale l'esecuzione di una sentenza deve aver luogo. Tuttavia, per giurisprudenza consolidata, l'esigenza di un'immediata e uniforme applicazione del diritto comunitario impone che tale esecuzione sia iniziata immediatamente e conclusa entro termini il più possibile ristretti», cfr. sentenze del 6 novembre 1985 in causa n. 131/84, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1985, p. 3531 e massimata in questa *Rivista*, 1986, p. 438; del 13 luglio 1988 in causa n. 169/87, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1988, p. 4093 e del 7 marzo 1996 in causa n. C-334/94, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1307).

Infine, con riferimento all'irrogazione della penalità e alla fissazione del relativo importo, la Corte di giustizia ha ridotto l'ammontare della penalità rispetto a quello fissato dalla Commissione nel proprio ricorso. In proposito, rileva la Corte, (come, peraltro, aveva già osservato nella sentenza *Commissione c. Grecia, cit.*) l'importo della penalità deve essere adeguato alle circostanze, deve essere commisurato all'inadempimento, nonché alle capacità finanziarie dello Stato membro per far sì che quest'ultimo, nel più breve tempo possibile, metta fine all'inadempimento (sul punto si richiamano le conclusioni dell'Avvocato Generale J. Mischo presentate in data 12 giugno 2003, in particolare i punti 72 ss.).

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

CONTRATTI CON I CONSUMATORI: QUAL È IL GIUDICE COMPETENTE IN CASO DI CONTROVERSA?

Corte di cassazione, sezioni unite civili
Ordinanza del 5 giugno - 1° ottobre 2003 n. 14669/03*

Presidente, *Grieco* - Relatore, *Vittoria*
Abrescia Chiara c. Consultur Srl

Art. 1469-bis, terzo comma, n. 19 c.c. - Contratto concluso tra consumatore e professionista - Clausola contrattuale attributiva di competenza al giudice della sede del professionista - Vessatorietà della clausola - Regolamento di competenza - Individuazione del foro competente: residenza o domicilio elettivo del consumatore.

La disposizione dettata dall'art. 1469-bis, terzo comma, n. 19 c.c. si interpreta nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, abbia stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo della sede o del domicilio elettivo del consumatore, presumendo vessatoria la clausola che individui come sede del foro competente una diversa località;

La disposizione dettata dall'art. 1469-bis, terzo comma, n. 19 c.c. ha natura di norma processuale e si applica nelle cause iniziate dopo la sua entrata in vigore, anche se relative a controversie derivanti da contratti stipulati prima.

(Omissis) **In diritto**

1. La ricorrente, nel giudizio di opposizione proposto dalla Consultur, ha chiesto al tribunale di dichiarare inefficace la clausola del contratto, che aveva attribuito al foro di Milano la competenza esclusiva a decidere della controversia.

La difesa è stata svolta sulla base di quanto all'epoca disponeva l'art. 1469-bis,

* In argomento v. *infra*, p. 83 ss., il commento di *EMILIO GRAZIUSO*.

primo e terzo comma n. 19, c.c., nel testo risultante dall'art. 25 della L. 6 febbraio 1996, n. 52, prima della modifica che vi è stata apportata con l'art. 25.1 della L. 21 dicembre 1999, n. 526.

1.1 L'art. 25 L. 6 febbraio 1996, n. 52, com'è noto, ha dato attuazione alla direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

Secondo l'art. 1469-*bis*, primo comma, c.c., nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi (inciso rimosso dalla legge n. 526 del 1999), si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Per il terzo comma dello stesso articolo, si presumono vessatorie fino a prova contraria 19 diversi tipi di clausole.

L'ultimo tipo è quello delle clausole che hanno per oggetto o per effetto di «stabilire come sede del foro competente località diversa da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore».

1.2 Il tribunale di Bari ha considerato che le norme richiamate sono state introdotte con l'art. 25 della L. 6 febbraio 1996, n. 52, in data successiva alla conclusione del contratto ed ha perciò ritenuto di non poterle applicare.

Ha osservato che vi faceva ostacolo il generale principio di irretroattività della legge ed ha richiamato la decisione resa in tal senso da questa Corte con la sentenza 29 novembre 1999 n. 13339.

Il tribunale ha detto di poter condividere un orientamento emerso nella giurisprudenza di merito, secondo il quale, ai fini della applicazione della disciplina dettata dalla legge n. 52 del 1996, si deve avere riguardo al momento in cui si realizzano concretamente gli effetti delle singole clausole e quindi, per le clausole di deroga della competenza territoriale, al momento della domanda.

Non si può, infatti, ragionevolmente sostenere – ha osservato il tribunale – che l'inefficienza della clausola lascerebbe intatto il fatto generatore contrattuale: si deve ritenere che l'impresa contraente non avrebbe concluso il contratto o l'avrebbe concluso a condizioni diverse, se avesse dovuto sostenere maggiori costi in caso di liti da instaurarsi presso fori lontani dalla sua sede.

1.2.1 Il tribunale ha anche escluso che la questione di competenza potesse essere decisa in base alla diretta applicazione di disposizioni contenute nelle direttive n. 85/577/Cee del Consiglio del 20 dicembre 1985 in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, n. 93/13/Cee di cui si è già detto e n. 94/47Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 1994 in materia di diritti di godimento a tempo parziale di beni immobili.

Quanto alla prima ha osservato che non era stata data prova che il contratto rientrasse nell'ambito di applicazione della disciplina dettata nella direttiva, quanto alle altre che il contratto era stato concluso prima che scadesse il termine perché lo Stato italiano vi si dovesse conformare.

2. La ricorrente ha svolto argomenti critici a proposito di alcune delle ragioni prima riassunte.

3. La decisione della questione di competenza è stata attribuita alle sezioni unite in considerazione del fatto che sul primo dei due punti affrontati dal tribunale le se-

zioni semplici della Corte si sono espresse in modo difforme.

Avanti di iniziarse l'esame, appaiono, tuttavia, necessarie due premesse.

4.1 Prima e dopo che la domanda fosse proposta, nel campo dei contratti del consumatore, sono entrate in vigore discipline di settore, che presentano norme volte in modo espresso a regolare la competenza per le controversie inerenti alla applicazione delle medesime discipline.

Ci si intende riferire al dlgo 15 gennaio 1992, n. 50 ed al dlgo 9 novembre 1998, n. 427.

Se la domanda, per le sue ragioni ed il suo oggetto, potesse rientrare nella materia disciplinata da parte di tali normative e se alla loro applicazione non si frappone un diverso tipo di ostacolo, la questione di competenza andrebbe risolta in base alle pertinenti disposizioni.

In riferimento al dlgo n. 427 del 1998 si deve, infatti, considerare che l'art. 5 c.p.c. è interpretato dalla Corte nel senso per cui anche le norme sopravvenute, che regolano diversamente la competenza, sono applicabili nei giudizi in corso, se ne deriva che la causa resta attribuita alla competenza del giudice davanti al quale la causa già pende.

4.1.1 Il dlgo 15 gennaio 1992, n. 50, che ha dato attuazione alla direttiva n. 577/85 (*rectius*: 85/577/Cee, *n.d.r.*) in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, contiene un art. 12, a norma del quale «Per le controversie civili inerenti all'applicazione del presente decreto la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello stato».

Tuttavia, questa norma, anteriore alla stessa conclusione del contratto, non si può applicare per la ragione assorbente, già indicata dal tribunale, che per il suo oggetto il contratto ricade in una delle ipotesi escluse dall'ambito di applicazione del decreto e della direttiva, poiché si tratta di un contratto di vendita di una quota di bene immobile (art. 3.1. lett. *a.*, del decreto e 3.2. lett. *a.*, della direttiva), mentre non è stato provato che avesse anche ad oggetto la fornitura di servizi di valore superiore (Corte giustizia, 22 aprile 1999 in causa n. C-423/97, *Travel Vac SL*).

4.1.2 Il dlgo 9 novembre 1998, n. 427 ha dato attuazione alla direttiva n. 94/47/Ce del 26 ottobre 1994 concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili.

Il suo art. 10 detta norma di contenuto analogo a quello dell'art. 12 del decreto n. 50 del 1992: dispone, infatti, che «Per le controversie derivanti dall'applicazione del presente decreto legislativo la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio dell'acquirente, se ubicati nel territorio dello Stato».

Il contratto in questione, per il suo oggetto, rientra nell'ambito di applicazione del decreto (art. 1.1. lett. *a.*).

La Corte osserva, tuttavia, che, a proposito della norma contenuta nell'art. 12 del decreto n. 50 del 1992, il quale, come si è già visto, presenta lo stesso tenore di quella appena riportata, nella sentenza 25 settembre 1996 n. 8465 è stato ritenuto che la norma regolatrice della competenza riguardi le sole controversie sorte da contratti conclusi dopo la sua entrata in vigore e ciò per il fatto di essersi riferita alle controversie inerenti alla applicazione del decreto, ovverosia alla disciplina di natura so-

stanziale dettata con il medesimo decreto.

4.1.3 Sembra, allora, alla Corte più conducente affrontare il tema in discussione sulla base delle norme introdotte nel codice civile con il dlgs 52 del 1996, che riguardano le modalità di contrattazione ed il contenuto del regolamento negoziale, e che, rimossa la delimitazione originariamente contenuta nel primo comma dell'art. 1469-*bis* e salve le particolari deroghe previste, nello stesso articolo, ai commi successivi al terzo, non riguardano particolari tipi contrattuali.

4.2 La seconda premessa ha lo scopo di mettere in rilievo, anticipatamente, che il tema del rapporto tra contratti stipulati anteriormente e nuova disciplina delle clausole vessatorie è stato oggetto di un duplice tipo di approccio e si può prestare ad indagine da più punti di vista.

4.2.1 Un tipo di approccio è quello che il tribunale di Bari ha dichiarato di non poter condividere.

Ad esso si può ascrivere anche la sentenza 29 novembre 1999 n. 13339 di questa Corte, che il tribunale ha richiamato.

È consistito nel ricercare se, perdurando il rapporto, dalla nuova disciplina dovesse trarsi la conseguenza di negare ulteriore efficacia alla clausole contrattuali, destinate a regolare aspetti della esecuzione del contratto, divenuti attuali dopo l'entrata in vigore della stessa disciplina, che quelle clausole qualifica come vessatorie negando che possano avere effetto.

Quando si è utilizzato questo approccio non si è operata distinzione a proposito del diverso oggetto delle clausole, se relativo al contenuto del regolamento negoziale o ad aspetti del modo della sua tutela nel processo.

La soluzione negativa data al problema, ha portato alla conclusione per cui, pur dopo l'entrata in vigore della legge, nelle controversie che sorgono da contratti anteriori, si deve continuare a dare applicazione alle clausole che la nuova legge consentirebbe di qualificare vessatorie.

La nuova legge non potrebbe produrre l'effetto di negare ulteriore efficacia a quelle clausole, perché essa disciplina le condizioni della loro validità e questo tipo di condizioni è regolato dalla legge del tempo in cui il contratto è stato concluso.

4.2.2 Un secondo tipo di approccio, al quale ha dato occasione in particolare il tipo di clausola definito dal n. 19 del terzo comma dell'art. 1469-*bis* c.c., è invece, mosso dalla distinzione tra deposizioni che qualificano come vessatorie clausole attinenti al regolamento negoziale e disposizioni che qualificano come vessatorie clausole attinenti alla disciplina processuale della controversia sorta dal rapporto: ciò sul presupposto della immediata applicabilità delle seconde.

Tale è il piano di indagine scelto dalle successive tre decisioni della Corte di cui si darà conto.

Di queste, la sentenza 22 novembre 2000 n. 15101 è pervenuta alla conclusione che la disposizione contenuta nel n. 19 dell'art. 1469-*bis*, terzo comma, anch'essa, non diversamente dalle altre, ha natura di norma sostanziale.

Il risultato finale è stato naturalmente il medesimo raggiunto dalla precedente sentenza della Corte, sebbene diverso sia stato l'approccio al problema.

4.2.3 Un terzo tipo di approccio è consistito nell'indagare sulla portata della disposizione contenuta nel n. 19.

Si è trattato di stabilire, come resti regolata la competenza una volta che si deb-

ba negare efficacia a clausola da considerare vessatoria secondo l'art. 19.

Questa indagine è stata svolta dalle altre due sentenze.

Dalla sentenza 24 luglio 2001 n. 10086 lo è stata con riferimento a clausola stipulata in contratto anteriore, ma destinata ad operare in relazione a rapporto rinnovatosi tacitamente; nella sentenza 28 agosto 2001 n. 11282 in riferimento a clausola contenuta in contratto anteriore ed al rapporto da esso sorto, cui la norma è stata però considerata applicabile, perché norma processuale.

Nel quadro di questo approccio, l'interrogativo è stato questo: se la disposizione dettata dall'art. 19 si sia limitata a descrivere una ipotesi di deroga alla competenza territoriale cui negare efficacia, senza però modificare la disciplina della competenza per territorio quale stabilita nel codice di procedura, che tornerebbe, quindi, a dover essere applicata quando è negata efficacia alla clausola perché vessatoria.

O se, invece, la disposizione dettata dall'art. 19 non abbia prima di tutto configurato un criterio di competenza territoriale diverso da quelli previsti dal codice di procedura e che ad essi è stato sostituito, in particolare il criterio per cui sede del foro competente è quello del luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore: se ciò fosse, negata efficacia, perché vessatoria, alla clausola che regoli il foro in modo diverso, resterebbe come foro competente quello stabilito dal n. 19.

La prima delle due sentenze ha scelto la prima soluzione, la più recente l'altra.

4.3 Emerge, dunque, che due sono i punti di contrasto.

Il primo attiene ad un problema di diritto intertemporale: si discute sul se la norma abbia natura sostanziale o processuale.

Il secondo riguarda la portata della disposizione: se abbia introdotto, in luogo dei criteri di competenza territoriale previsti dal codice di procedura, un foro del consumatore, sebbene passibile di deroga, tuttavia esclusivo, o si sia limitata a dire vessatoria e così a negare applicazione alla clausola che fissi un foro territoriale diverso, lasciando, operare quelli anteriori.

Nel caso si discute appunto di una clausola che rientra nel tipo considerato dal n. 19 del terzo comma dell'art. 1469-*bis* c.c. e dunque si tratta di risolvere i due punti su cui la Corte si è espressa in modo difforme.

5. Dopo queste premesse, conviene riferire più distesamente sui casi, gli argomenti e le soluzioni delle precedenti sentenze.

5.1 Una prima volta la questione è venuta in considerazione nella sentenza 29 novembre 1999 n. 13339.

Un contratto di assicurazione contro gli infortuni, stipulato in data anteriore alla entrata in vigore della legge n. 52 del 1996, conteneva una clausola di devoluzione delle controversie in arbitrato.

Sopravvenuta nel corso del giudizio, in appello, dopo la precisazione delle conclusioni, la legge n. 52, l'infortunato aveva proposto ricorso incidentale allo scopo che, sulla base della legge, la Cassazione dichiarasse vessatoria la clausola col risultato di prevenire a confermare per una diversa ragione la sentenza di secondo grado, che aveva ritenuto per altro verso non operante la clausola.

Se l'approccio fosse stato quello di distinguere nell'ambito delle disposizioni dettate al terzo comma dell'art. 1469-*bis* tra disposizioni relative a clausole di rilievo sostanziale e clausole di rilievo processuale, si sarebbe, in primo luogo, dovuto ricondurre la clausola tra quelle contemplate al n. 18, di deroga alla competenza del-

l'autorità giudiziaria e, quindi, interrogarsi sulla natura di tale clausola e sulla possibilità di dare immediata applicazione alla relativa norma, se qualificata come processuale.

Nell'occasione, invece, la Corte, sulla premessa che la disciplina dettata dalla legge n. 52 del 1996, nel suo complesso, disciplini la validità del contratto, si è limitata a riaffermare il principio che la validità del contratto è regolata dalle norme vigenti al momento in cui è concluso, sicché giudicarlo in base a norme sopravvenute significherebbe fare di queste una applicazione retroattiva, che l'art. 11, primo comma, delle preleggi non consente.

5.2 La sentenza 22 novembre 2000 n. 15101 è stata resa in un caso in cui il consumatore aveva proposto la domanda al giudice da lui individuato come competente per essere quello del foro della sua residenza, perciò sulla base dell'art. 1469-*bis*, terzo comma, n. 19, considerato come norma che avrebbe essa configurato tale criterio di competenza territoriale.

I giudici di merito hanno accolto l'eccezione di incompetenza, e la Corte in sede di regolamento di competenza è pervenuta alla stessa decisione del tribunale.

La Corte, però, in questa occasione, si è interrogata sulla natura processuale della disposizione dettata al n. 19, ma l'ha negata.

Ha considerato rilevante, in primo luogo, la *ratio* degli artt. 1469-*bis* ss.: questi articoli, ha detto, si propongono di tutelare, nell'ambito dei contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista, il contraente consumatore che non abbia avuto adeguata informazione su pattuizioni accessorie al contratto, per non aver partecipato attivamente o comunque sufficientemente alla formazione del regolamento negoziale.

Ha aggiunto che è in questo contesto che si iscrive anche la clausola, da presumere vessatoria fino a prova contraria, contemplata dal n. 19 dell'art. 1469-*bis*.

La disposizione – ha osservato la Corte – è compresa nell'ambito di una normativa ispirata a salvaguardare per le ragioni indicate i diritti del consumatore nei contratti conclusi con il professionista, e istituisce un criterio legale in ordine alla determinazione della competenza territoriale finalizzato a riverberare i suoi effetti sul piano della tutela sostanziale, avendo il legislatore ritenuto che il foro di residenza o di domicilio elettivo del consumatore si configuri come una garanzia di riequilibrio delle rispettive posizioni delle parti contraenti.

5.3 La successiva sentenza 24 luglio 2001 n. 10086, perviene allo stesso risultato, ma dopo aver esteso l'indagine ad altre norme contenute negli artt. 1469-*bis* e 1469-*sexies* c.c.

La Corte, in primo luogo, rileva una contraddizione nella motivazione della precedente decisione, notando che, se il legislatore, con la norma dettata al n. 19 dell'art. 1469-*bis*, avesse istituito per il consumatore un foro esclusivo, ci si troverebbe di fronte ad una norma processuale e non ad una norma sostanziale.

Si nota, invece, che quando il legislatore ha inteso istituire fori esclusivi per le cause del consumatore lo ha fatto in modo espresso: una prima volta, in epoca anteriore, con l'art. 12 del dlgo 15 gennaio 1992, n. 50 – di attuazione della direttiva (Cee) n. 577/85 in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; una seconda volta, in epoca successiva, con l'art. 10 del dlgo 9 novembre 1998, n. 427 – di attuazione della direttiva n. 94/47/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 1994.

La norma di cui si discute, invece, ha solo configurato una ipotesi di vessatorietà presunta di una clausola contrattuale.

Il primo argomento svolto nella motivazione della sentenza è, dunque, desunto dal modo in cui la norma è stata redatta dalla sua costruzione sintattica.

Un secondo argomento è tratto, invece, da quanto è stato disposto con il terzo comma dell'art. 1469-ter c.c., il quale recita che «Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ...».

Orbene, l'art. 20 del codice, per le cause relative a rapporti di obbligazione, dispone che è anche competente il giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è sorta o deve eseguirsi e, si è osservato, indipendentemente dalla circostanza che essa sia stata oggetto di trattativa individuale: non potrebbe essere, perciò, considerata vessatoria una clausola che, derogando al foro della residenza o del domicilio elettivo del consumatore, indicato nel n. 19 dell'art. 1469-bis, riproducesse il contenuto dell'art. 20 c.p.c.

Avrebbe potuto esserlo se il legislatore, ritenendo la disposizione dell'art. 20 in ogni caso gravosa per il consumatore, avesse dettato un diverso criterio di competenza territoriale.

A questa conclusione – terzo argomento – non si può pervenire in base ad una interpretazione condotta sulla ragione della norma e la intenzione del legislatore.

La presenza delle due disposizioni mostra che il legislatore ha considerato che la disciplina della competenza territoriale posta dal codice di procedura non è vessatoria ed ha inteso, invece, evitare, presumendole vessatoria, deroghe a questa disciplina imposte dal professionista al consumatore.

Infine – quarto ed ultimo argomento – non è possibile ritenere la disposizione dettata dall'art. 20 del codice abrogata per implicita incompatibilità o per nuova intera regolamentazione della materia.

La prima non si può configurare perché le due norme – quella del codice civile e quella del codice di procedura – hanno diverso oggetto ed operano su diverso piano.

La seconda neppure si può configurare, perché tutte le norme introdotte nel codice civile mirano solo ad evitare che il contenuto del contratto tra professionista ed il consumatore presenti clausole vessatorie, ma non regolamentano in modo nuovo la tutela processuale del consumatore; anzi, l'unica norma che ha un contenuto parzialmente processuale, l'art. 1469-sexies sull'azione inibitoria, dichiara solo che essa è proponibile davanti al giudice competente e così recepisce le norme già esistenti del codice di procedura in materia di competenza.

5.4 In contrasto con questo indirizzo si è posta la sentenza 28 agosto 2001 n. 11282.

La Corte ha ritenuto che la norma dettata al n. 19 dell'art. 1469-bis c.c. abbia natura di norma processuale e debba essere perciò applicata, nei giudizi iniziati dopo la sua entrata in vigore, anche se la controversia è sorta da contratti stipulati prima.

All'argomento che era stato svolto nella sentenza 22 novembre 2000 n. 15101, a proposito della funzione di riequilibrio delle posizioni dei contraenti, che la norma in questione condividerebbe con le altre introdotte nel codice con la medesima legge, la Corte ha contrapposto l'osservazione per cui gran parte delle norme processuali, che determinano la competenza territoriale, è ispirata all'esigenza di tutela di questa o quella posizione contrattuale meritevole di maggiori garanzie.

All'argomento svolto nella sentenza 24 luglio 2001, n. 10086 sulla base della contemporanea presenza delle norme dettate al n. 19 dell'art. 1469-*bis* ed al terzo comma dell'art. 1469-*ter* e perciò del rapporto tra la prima norma e quella dettata dall'art. 20 c.p.c., la Corte ha obiettato che la nuova legge ha introdotto un foro esclusivo, anche se derogabile a seguito di trattativa individuabile (come consentito dal quarto comma dell'art. 1469-*ter*), che esclude in quanto tale, sia sotto il profilo dell'incompatibilità che per il principio della successione delle leggi nel tempo, ogni altro criterio di competenza ed in particolare quelli di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c., indipendentemente dalla posizione processuale assunta dal consumatore.

Solo in questo modo verrebbe infatti rispettata la finalità della norma, che resterebbe altrimenti elusa, se coincidendo uno dei fori alternativi di cui all'art. 20 con la sede del professionista, si ritenesse tale pattuizione legittima perché coperta dall'art. 1469-*ter*, cioè per il fatto di riprodurre una disposizione di legge.

6. Le sezioni unite ritengono sia da preferire il secondo e più recente orientamento interpretativo.

7. Conviene muovere da alcune considerazioni.

La prima è questa.

La norma dettata dall'art. 5 c.p.c., per cui la giurisdizione e la competenza si determinano in base alla legge vigente ed allo stato esistente al momento della domanda sta a significare che le relative questioni si risolvono applicando allo stato di fatto esistente al momento della domanda la legge vigente alla stessa data.

Orbene, risolvere questioni di giurisdizione e di competenza in base alla legge vigente alla data della domanda non significa solo stabilire quale criterio di collegamento sia pertinente alla causa, ma anche se giurisdizione e competenza in tal modo individuate possono o no essere derogate dalle parti e quali siano le condizioni di validità ed efficacia dell'accordo di proroga.

Ma se ciò è, questo significa anche che, a decidere della validità ed efficacia dell'accordo di proroga, sarà non la norma che era in vigore nel momento in cui l'accordo è stato concluso, ma quella in vigore nel momento in cui la domanda è proposta.

E questo nel duplice senso del doversi attribuire rilevanza ad un accordo che presenti secondo la legge vigente alla data della domanda le condizioni da essa previste per essere efficace, anche se non le presentava secondo la legge in vigore nel momento in cui è stato concluso (sez. Un. 26 novembre 1993 n. 11718); e per converso del doversi negare rilevanza ad un accordo di proroga che, valido secondo la legge dell'epoca in cui è stato concluso, non presenti le condizioni di validità ed efficacia richieste dalla legge in vigore alla data della domanda.

La seconda considerazione da fare è questa.

L'accordo di proroga della giurisdizione e della competenza non costituisce un aspetto del regolamento dato alle parti al rapporto sostanziale da loro disciplinato con il contratto.

Le condizioni della sua validità costituiscono oggetto di norme apposite (art. 2 c.p.c. 1942 e art. 4.2. della L. 31 maggio 1995, n. 218; art. 29 c.p.c. e art. 1341, secondo comma, c.c.; artt. 807 e 808, primo comma, c.p.c.) e sono, quindi, diverse da quelli dei contratti cui accedono.

L'accordo può essere valido anche se non lo è il contratto (art. 808, secondo

comma, c.p.c.) (Cass. 20 giugno 2000 n. 8376; 14 aprile 2000 n. 4842), la sua invalidità non richiama l'applicazione sulla nullità parziale del contratto.

Terza ed ultima considerazione, quella per cui l'appena indicato rapporto tra un accordo di proroga della competenza, nullo o inefficace, ed il contratto cui accede, non trova ostacolo nella disciplina dettata dall'art. 1469-quinquies quanto al rapporto tra clausole vessatorie e contratto cui accedono, disciplina che è anzi informata allo stesso criterio (primo comma).

8. Si tratta a questo punto di stabilire, tenendo conto delle considerazioni appena svolte, se la disposizione dettata al n. 19 dell'art. 1469-*bis* c.c., contenga o no una norma diretta a regolare la competenza.

8.1 La formula usata dalla specifica norma che si tratta di interpretare dice che si presume vessatoria ed è inefficace la clausola che ha come oggetto o per effetto «di stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore».

La disposizione descrive due aspetti: una clausola che abbia come contenuto quello di stabilire la sede del foro competente per la controversia; costituire contenuto della clausola quello per cui, come sede del foro competente, è stabilita località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore.

La clausola con questo contenuto si presume vessatoria.

La disposizione si presta ad essere letta nel senso che segue.

Essa pone in contrapposizione tra loro due fattori: la sede del foro competente, che è individuata attraverso il riferimento alla residenza od al domicilio elettivo del consumatore, e, dall'altro lato, la deroga attuata mediante lo spostamento della competenza ad un foro diverso, quindi ad un qualsiasi foro diverso, deroga che è bensì consentita, ma è presunta determinare a carico del consumatore un significativo equilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Dunque, la norma si presta ad essere interpretata nel senso per cui essa presenta il contenuto logico di una disposizione che, da un lato, configura il pertinente criterio di collegamento di competenza territoriale, dall'altro, ne esclude in linea di principio la deroga, ma, in quanto non la esclude in modo assoluto, indica la condizione alla quale può essere ammessa: ed a questo fine richiede al professionista di provare che, nel caso concreto, la deroga non determina squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Se alla disposizione contenuta al n. 19 dell'art. 1469-*bis* si presta il significato d'aver anzitutto indicato in quello della sede del consumatore il foro delle controversie che lo riguardano, la norma viene a sostituirsi, nel relativo campo di disciplina, a quelle del codice di procedura che individuano per le controversie nascenti da contratto altri criteri di collegamento.

8.2 Questa interpretazione valorizza appieno il dato letterale, perché se, in base a questo dato, è vessatoria la clausola che stabilisce il foro competente in località diversa da quella della sede del consumatore, si deve dire che il foro competente non può essere stabilito in nessun altro luogo che sia diverso da quello in cui il consumatore ha sede.

Ma questo significa che è da considerare vessatoria anche la clausola che stabilisce come foro competente, se il consumatore non vi ha sede, uno di quelli che avrebbero potuto risultare individuati in base al funzionamento dei vari criteri di

collegamento stabiliti dal codice di procedura civile.

Appare, allora, più razionale l'interpretazione, che attribuisce alla norma il prioritario significato di fissare nella sede del consumatore un criterio di collegamento esclusivo, che si sostituisce a quelli già previsti dal codice di procedura, piuttosto che l'interpretazione che qui si rifiuta.

Il risultato cui quest'ultima interpretazione perviene è quello per cui, in presenza di una disciplina della competenza per le obbligazioni da contratto, che preveda fori della persona del convenuto e fori collegati alla obbligazione dedotta in giudizio, il legislatore avrebbe sentito solo la necessità di sancire l'inefficacia di specifiche clausole di deroga del foro della sede del consumatore.

Con questa duplice conseguenza.

Di dare della norma una interpretazione restrittiva, perché conduce a dire vessatoria la clausola non già ogni volta che stabilisca il foro in luogo diverso anche dagli altri previsti dal codice.

Di lasciare operare la disciplina del codice in assenza di una clausola di deroga: sì che il giudizio sulle controversie tra consumatore e professionista si possa svolgere presso ognuno degli altri fori individuali sulla base dei preesistenti criteri di collegamento.

In questo modo, in presenza di una norma, che il legislatore ha introdotto nell'ordinamento, senza esservi tenuto ed a maggior protezione del consumatore, nel procedimento di interpretazione assume valore predominante non questa norma speciale, ma quella di generica salvezza delle clausole che riproducono norme di legge, dettata nel terzo comma dell'art. 1469-ter, che però in tanto può assumere rilevanza, in quanto si neghi che le norme del codice di procedura civile siano state derogate dalla disposizione dettata col n. 19 dell'art. 1469-bis.

8.3 Contro questa interpretazione non può poi essere tratto argomento dal diverso modo in cui, prima e dopo della legge n. 52 del 1996, sono state formulate le disposizioni degli artt. 12 del dlgo 15 gennaio 1992, n. 50 e 10 del dlgo 9 novembre 1998, n. 427.

La diversa formulazione si presta ad essere spiegata.

Le disposizioni appena richiamate sono state inserite nel corpo di normative di settore ordinate alla tutela del consumatore in rapporto a specifiche modalità di conclusione del contratto o del suo oggetto.

Ciascuna di queste normative di settore è venuta a costituire il contenuto di un apposito decreto legislativo volto ad adeguare l'ordinamento nazionale alla corrispondente direttiva ed in ognuna delle due leggi hanno trovato collocazione norme di diritto sostanziale e processuale, ciascuna delle quali formulata secondo la pertinente tecnica.

L'intento del legislatore di estendere la protezione del consumatore al piano processuale ha potuto essere realizzato mediante formule con cui si è detto che le relative controversie venivano attribuite alla competenza territoriale della sede del consumatore.

La direttiva n. 93/13 presentava l'ampio oggetto di disciplina costituito dalle clausole inserite nei contratti intercorsi tra professionisti e consumatori, considerate capaci di determinare un significativo squilibrio degli obblighi e diritti delle parti; ne conteneva anche un elenco indicativo.

La tecnica utilizzata per l'adeguamento alla direttiva ha riprodotto lo schema già

impiegato dal codice civile, quello della disciplina delle condizioni generali di contratto e nell'ambito di queste delle clausole vessatorie; le relative norme sono state inserite nel codice civile.

Questo spiega agevolmente la diversa formulazione della norma, nel caso della disposizione dettata al n. 19 dell'art. 1469-*bis*.

Come quella che la precedono nell'elenco contenuto nell'art. 1469-*bis*, essa è centrata sul qualificare vessatoria la clausola che presenti un certo contenuto contrario ad un altro.

Ma, il legislatore, qualificando come vessatoria la clausola che assuma un certo contenuto contrario ad un altro, rivolge il suo intento di fondo a far sì che il rapporto presenti in linea di principio questo secondo contenuto.

Si può dunque dire che, attraverso la disposizione dettata al n. 19, è appunto a fissare come competente il foro della sede del consumatore che si indirizza l'intento del legislatore.

8.4 Un'ultima considerazione.

L'interpretazione accolta si inserisce armonicamente in un indirizzo legislativo, che, in modo costante, viene individuando quello della residenza o del domicilio del consumatore come il foro delle controversie che lo riguardano.

D'altra parte che, nel caso, tale foro, bensì esclusivo, si presti a deroga, al contrario di quanto è stato stabilito nelle altre disposizioni richiamate, è circostanza che si spiega con l'ampio spettro della disciplina in cui questa disposizione è venuta ad inserirsi.

A favore della interpretazione accolta sta, dunque, anche un argomento di ordine sistematico.

9. Il contrasto può dunque essere composto enunciando i seguenti principi di diritto:

- «La disposizione dettata dall'art. 1469-*bis*, terzo comma, n. 19 c.c. si interpreta nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, abbia stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo della sede o del domicilio elettivo del consumatore, presumendo vessatoria la clausola che individui come sede del foro competente una diversa località»;

- «La disposizione dettata dall'art. 1469-*bis*, terzo comma, n. 19 c.c. ha natura di norma processuale e si applica nelle cause iniziate dopo la sua entrata in vigore, anche se relative a controversie derivanti da contratti stipulati prima».

10. I principi di diritto prima enunciati, applicati nel caso in discussione, conducono a statuire sulla competenza nel senso che spetti al tribunale di Bari.

La presunzione di vessatorietà non è stata, infatti, superata.

Il ricorso per regolamento di competenza è di conseguenza accolto.

(*Omissis*)

**LA CORTE DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE SI PRONUNCIA
IN MATERIA DI FORO ESCLUSIVO DEL CONSUMATORE.
IL "DOMICILIO ELETTIVO" DEL CONSUMATORE:
UN "EQUIVOCO" ANCORA IRRISOLTO**

Sommario: *Premessa - 1. Il foro esclusivo del consumatore tra esclusività e complementarità. Natura sostanziale dell'art. 1469 bis, 3° comma, n. 19, c.c. - 2. Segue. Natura processuale dell'art. 1469 bis, 3° comma, n. 19, c.c. - 3. L'ordinanza della Corte di cassazione n. 14669/03: esclusività del foro del consumatore e natura processuale dell'art. 1469 bis, 3° comma, n. 19, c.c. - 4. Conclusioni. "Domicilio elettivo" del consumatore: una nuova ipotesi di clausola abusiva?*

Premessa

«La disposizione dell'art. 1469 *bis*, terzo comma, n. 19, cod. civ., si interpreta nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, ha stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo della sede o del domicilio elettivo del consumatore».

È questo il principio sancito dalla Corte di cassazione a sezioni unite con l'ordinanza n. 1466 del 1° ottobre 2003.

In virtù di essa è stato finalmente risolto quel vero e proprio "equivoco" interpretativo, cui aveva dato luogo l'"ambiguità" della formulazione utilizzata dal legislatore nella redazione dell'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 19, c.c.

La norma, infatti, proprio per le zone d'ombra che la stessa presenta, è stata, già all'indomani della sua introduzione nel codice civile, sottoposta a vaglio critico da parte della dottrina.

Ne sono, così, scaturiti orientamenti ermeneutici differenti e spesso contrastanti, recepiti anche dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità, che ha dato, poi, di volta in volta, concreta applicazione, con tutte le conseguenze, a livello di incertezza del diritto, che ne sono derivate.

Da qui l'esigenza e l'importanza della pronunzia resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione.

L'ordinanza è stata pronunciata a seguito di un ricorso per regolamento di competenza promosso da un consumatore avverso una sentenza, con la quale il giudice *secundum legem* adito, quello del foro di residenza del ricorrente cioè, dichiarava la propria incompetenza in virtù di una clausola del contratto, oggetto della controversia, con la quale le parti avevano devoluto tutte le controversie al giudice del luogo dove era situata la sede del professionista.

1. Il foro esclusivo del consumatore tra esclusività e complementarità. Natura sostanziale dell'art. 1469 bis, 3° comma, n. 19, c.c.

Prima di procedere all'esame dell'ordinanza n. 14669/03 è indispensabile delineare il quadro dottrinale e giurisprudenziale, alquanto variegato, nel quale si inserisce la pronunzia della Suprema Corte.

Sono, principalmente, due le tesi da cui scaturisce l'"ambiguità" della formulazione dell'art. 1469 bis, 3° comma, n. 19, c.c., il quale prevede che «si presumono vessatorie le clausole che hanno per oggetto e per effetto di: (...). 19. stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore».

Secondo un primo orientamento¹, con la norma in esame il legislatore non ha voluto né introdurre un foro esclusivo inderogabile² né, tantomeno, modificare la precedente ordinaria disciplina della competenza giurisdizionale ex artt. 18 ss. c.p.c.³.

Tale tesi, sebbene sia stata fortemente criticata in sede dottrinale⁴, è stata

¹ G. CIAN, *Il nuovo capo XIV - bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium Juris*, 1996, n. 4, p. 425; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 27; F. TOMMASEO, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. ALPA - S. PATTI, Milano, Giuffrè, 2003, p. 629; A. TULLIO, *Il contratto per adesione*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 164.

² I sostenitori della inderogabilità del foro del consumatore adducono a fondamento della propria tesi l'implicita ammissione di una deroga dell'autorità giudiziaria territorialmente competente qualora venga data la prova che essa non provochi un significativo squilibrio o sia stata oggetto di trattativa individuale.

³ Al riguardo rileva G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, cit. *supra*, nota 1, p. 27, «poiché non è pensabile che si sia surrettiziamente introdotto un foro legale del consumatore, si deve ritenere che il significato della disposizione sia il seguente. La clausola che prevede un foro convenzionale diverso da quello della residenza o del domicilio eletto del consumatore (...) si presume vessatoria. Dichiarata inefficace la clausola, ovvero in assenza di clausola, si applicano i criteri comuni di determinazione della competenza per territorio».

⁴ C. CECERE, *Art. 1469 - bis*, in A. BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole*

recepita in alcune statuizioni giurisprudenziali, di merito e di legittimità⁵, nelle quali si rileva, innanzi tutto, che l'articolo *de quo* si limita a fornire al consumatore una tutela esclusivamente sotto il profilo sostanziale, senza assolutamente venire ad incidere sul piano processuale.

Inoltre, secondo la Suprema Corte, qualora si interpretasse la norma attraverso il criterio sistematico - mettendola, cioè, a confronto con le altre norme dettate in materia consumeristica - si potrebbe facilmente rilevare come manchi la volontà del legislatore di creare un nuovo foro esclusivo, in deroga al disposto degli artt. 18 ss. c.p.c. Infatti, quando si è voluta perseguire tale finalità, è stata emanata una norma dal contenuto esplicito come l'art. 12 dlgo n. 50/92 e l'art. 10 dlgo n. 427/98.

Di conseguenza, negando alla norma qualsiasi valenza processuale la Corte giunge anche ad escludere che la disciplina relativa alle clausole abusive possa essere applicata a controversie che, sebbene instaurate in seguito alla sua entrata in vigore, abbiano ad oggetto contratti precedentemente stipulati⁶.

2. *Segue. Natura processuale dell'art. 1469 bis, 3° comma, n. 19, c.c.*

A differenza della tesi della derogabilità, secondo altra parte della dottrina il legislatore ha voluto prevedere con l'art. 1469 *bis*, 3° comma, c.c. un foro esclusivo ed inderogabile nel luogo di residenza o domicilio del consumatore.

Si sostiene, in particolare, che attraverso una tale interpretazione, in sintonia con la *ratio legis* dell'intera normativa, nazionale e comunitaria, concernente le clausole abusive, si verrebbe a tutelare in modo completo il consu-

vessorie nel codice civile, Napoli, Jovene, 1996, p. 9; E. DALMOTTO, *Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 166.

⁵ Corte cass., sez. III, 24 luglio 2001 n. 10086, in *Mass. Giust. Civ.*, 2001, p. 1456, nonché in *Resp. Civ. e prev.*, 2002, p. 114, con nota di M. DE CRISTOFARO, *La tutela processuale del consumatore tra volontà di espansione ed opzioni conservative: contrasti in cerca di assestamento nella giurisprudenza della Suprema Corte*.

⁶ Al riguardo Corte cass., sez. III, 29 novembre 1999 n. 13339, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1219, (in tal senso anche Corte cass., sez. II, 22 novembre 2000 n. 15101, in *Contratti*, 2001, p. 785, con nota di F. FARKAS, *Profili temporali in tema di foro competente nei contratti dei consumatori*, nonché in *Dir. e pratica società*, (fasc. 4) 2001, p. 52, con nota di G. PATTAY, *Contratti conclusi dai consumatori: l'efficacia della clausola vessatoria*).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale in esame i requisiti di validità del contratto e, quindi, delle singole clausole di esso, riguardanti la struttura dell'atto e non lo svolgimento del rapporto che ne deriva, devono essere valutati sulla base della disciplina esistente al momento del perfezionamento dello stesso, a prescindere dalle eventuali modifiche sopravvenute. In caso contrario, rileva la giurisprudenza, tali modifiche normative avrebbero effetto retroattivo.

In dottrina, D. COLASANTI, *Consumatori e fori inderogabili. Clausole vessatorie, così si individua quello competente*, in *D&G - Diritto e Giustizia*, 22 novembre 2003, n. 41, p. 40, rileva che le conclusioni a cui giunge la giurisprudenza *de qua* non tengano in nessun conto i recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di mutui usurari, fideiussione *omnibus*, etc. (Corte cass., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14899, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, p. 2352; Corte cass., sez. III, 9 agosto 2001, n. 10981, in *Contratti*, 2002, p. 165) per cui l'invalidità prescritta successivamente alla stipula del contratto è stata ritenuta comminabile per quella parte di rapporto ancora da svolgersi e non già esaurito.

mattore, soprattutto, come ha rilevato un'attenta dottrina, quando quest'ultimo agisca in qualità di attore.

Ed infatti, in tale ipotesi, qualora si individuasse nella norma un foro di tipo esclusivo, si darebbe la possibilità al consumatore di citare nel foro della propria residenza o del proprio domicilio il professionista, derogando, eventualmente, anche agli artt. 18 ss. c.p.c.

Inoltre, anche nel caso in cui il consumatore fosse convenuto, verrebbe sottratta al professionista la possibilità di avvalersi dei due fori speciali facoltativi, vale a dire il *forum contractus* ed il *forum destinatae solutionis*, previsti dall'art. 20 c.p.c.^{7 8}.

Risulta evidente, dunque, seguendo questa opzione interpretativa, che si verificherebbe una situazione analoga a quella prevista dall'art. 12 dlvo del

⁷ In dottrina, G. STELLA, *Art. 1469 – bis, comma 3, n. 19*, in E. CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469 – bis e ss.)*, vol. I, Padova, Cedam, 1998, p. 370, ha rilevato che «la tesi favorevole al concorso del foro della residenza o del domicilio del consumatore con i fori legislativamente previsti consentirebbe di tutelare il consumatore (si intende, in mancanza di una scelta convenzionale circa il foro della residenza o il domicilio del consumatore medesimo) solo allorché questi rivesta il ruolo del convenuto, impedendo principalmente al professionista di chiamare in giudizio il consumatore nel foro della propria sede (sempre però che la sede del professionista non coincida con uno dei fori alternativi ex art. 20 cod. proc. civ., nel qual caso il professionista potrebbe comunque agire contro il consumatore davanti al foro della propria sede).

In quest'ultima accezione, la disposizione di cui al n. 19 verrebbe ad assumere, in parte, un significato analogo a quello che, rispetto all'art. 1341 cod. civ., la giurisprudenza ha tradizionalmente dato alle clausole denominate di "deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria".

Tale orientamento della dottrina è stato recepito dalla giurisprudenza della Suprema Corte con la sentenza del 28 agosto 2001, n. 11282 (Corte cass., sez. I, 28 agosto 2001, n. 11282, in *Foro it.*, 2001, I, 3587, con nota di A. PALMIERI, *Foro esclusivo del consumatore e abusività della deroga convenzionale alla competenza per territorio: mai più in giudizio lontano da casa*, nonché in *Giudice di pace*, 2002, p. 16, con nota di G. FRANCHI, *Finalmente una sentenza della Cassazione sul foro esclusivo del consumatore*).

Con essa è stata statuita la «natura strettamente processuale» dell'art. 1469 bis, 3° comma, n. 19, c.c. e, di conseguenza, l'applicabilità dello stesso a tutti i giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore.

⁸ Al riguardo, si segnalano le considerazioni svolte da F. LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 720.

L'Autore, muovendo dall'assunto che il legislatore con l'art. 1469 bis, 3° comma, n. 19, c.c. ha voluto introdurre un nuovo e speciale criterio di determinazione della competenza territoriale in deroga agli artt. 18 ss. c.p.c., individuato nel luogo di residenza o del domicilio del consumatore, rileva che «il fatto è che l'art. 1469 bis terzo comma n. 19 ha surrettiziamente introdotto, nelle cause tra professionista e consumatore, un nuovo e speciale criterio di determinazione della competenza territoriale che a sua volta deroga alle norme generali previste negli artt. 18 e 20 c.p.c., postulando sia pure con formula ellittica, che le cause tra professionista e consumatore, indipendentemente dalla posizione processuale di quest'ultimo, devono radicarsi nel luogo della sua residenza o del suo domicilio elettivo.

Diversamente opinando, la norma sarebbe priva di qualsiasi utilità, come peraltro è stato sostenuto in dottrina con il rilievo che, una volta espunta la clausola che prevede un foro convenzionale diverso da quello della residenza o del domicilio elettivo del consumatore, si applicherebbero i criteri comuni di determinazione della competenza per territorio.

Ora, non è chi non veda che in base a tale conclusione sarebbe consentito al professionista (attore) di instaurare il giudizio presso il proprio domicilio, se corrispondente al luogo di conclusione del contratto o di adempimento della obbligazione dedotta, e per converso sarebbe imposto al consumatore (attore) di instaurare la controversia lontano dalla propria residenza o domicilio convenendo il professionista presso il suo domicilio (art. 18) ovvero nei luoghi ancora diversi corrispondenti ai fori concorrenti indicati nell'art. 20 c.p.c. (che generalmente coincidono con la sede dell'imprenditore).

15 gennaio 1992, n. 50, nel quale si prevede come foro esclusivo inderogabile per tutte le controversie concernenti i contratti stipulati fuori dei locali commerciali quello del luogo di residenza o domicilio del consumatore.

Questa linea interpretativa, a parere di chi scrive, indubbiamente più vicina alla *ratio* legislativa sottesa all'intera normativa contenuta nel Capo XIV *bis* c.c. e certamente più sensibile alle esigenze di tutela del consumatore, è stata recepita da un orientamento giurisprudenziale che è giunto a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle elaborate dai sostenitori della tesi della derogabilità.

Preliminarmente, tale orientamento prende le mosse dall'assunto che il legislatore, sebbene abbia previsto la derogabilità della clausola relativa al foro competente, nello stesso tempo ha stabilito l'inefficacia di tale deroga, qualora il professionista non abbia fornito la prova contraria, e cioè che la suddetta clausola sia stata oggetto di trattativa individuale, ai sensi dell'art. 1469 *ter*, 4° comma, c.c.

Se, quindi, il foro del consumatore non fosse esclusivo, si assisterebbe al paradosso che, una volta dichiarata abusiva la clausola, la competenza dovrebbe essere stabilita sulla base dei criteri previsti dal codice di procedura civile e, quindi, alla possibile designazione di un foro diverso da quello della residenza o del domicilio del consumatore.

Oltre a ciò, questa opzione interpretativa si pone su un piano diametralmente opposto rispetto ad altre pronunzie della stessa Corte, anche relativamente alla natura giuridica dell'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 19, c.c.

Più in particolare, è stata ravvisata, in tale norma, natura processuale con la conseguente applicazione dell'art. 5 c.p.c., relativo al principio della *perpetuatio jurisdictionis*, in virtù del quale la competenza deve essere individuata con riferimento all'epoca della proposizione della domanda.

Di conseguenza l'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 19, c.c. sarà applicabile a tutte le controversie sorte dopo l'entrata in vigore dell'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, sebbene aventi ad oggetto contratti precedentemente stipulati.

3. L'ordinanza della Corte di cassazione n. 14669/03: esclusività del foro del consumatore e natura processuale dell'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 19, c.c.

La Corte di cassazione a sezioni unite, con l'ordinanza n. 14669/03, ha, inequivocabilmente, condiviso l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale esaminato nel paragrafo precedente.

La Suprema Corte, infatti, ha enunciato i seguenti principi: *a.* «la disposizione dettata dall'art. 1469 *bis*, terzo comma, n. 19 cod. civ. si interpreta nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista,

abbia stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo della sede o del domicilio elettivo del consumatore, presumendo vessatoria la clausola che individui come sede del foro competente una diversa località»; *b.* «la disposizione dettata dall'art. 1469 *bis*, terzo comma, n. 19, cod. civ. ha natura di norma processuale e si applica nelle cause iniziate dopo la sua entrata in vigore, anche se relative a controversie derivanti da contratti stipulati prima» sottolineando, così, da un lato, l'intenzione del legislatore di introdurre un foro esclusivo nelle controversie tra professionista e consumatore e, dall'altro, rilevando la natura processuale dell'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 19, c.c.

La Corte ha, però, ribadito quello che, a parere di chi scrive, è stato il frutto di una grave "sciatteria" del nostro legislatore⁹, vale a dire l'inserimento della norma relativa al foro competente nella c.d. "lista grigia" delle clausole abusive, nel novero, cioè, di quelle clausole che si presumono abusive sino a prova contraria¹⁰.

Nell'ordinanza, infatti, il giudice di legittimità, accanto al carattere esclusivo del criterio di determinazione della competenza territoriale, ha posto l'accento sulla non funzionalità dello stesso, con la conseguente possibilità per il professionista di dimostrare che la clausola contrattuale, con la quale sia stato previsto un foro diverso da quello della residenza o del domicilio del consumatore, non è abusiva, essendo stata oggetto di trattativa individuale.

È evidente, dunque, come il legislatore, non prevedendo l'inderogabilità assoluta della clausola in esame, abbia dato al professionista la possibilità di limitare fortemente non un diritto del consumatore, ma l'esperimento, da parte di quest'ultimo, dell'azione a tutela dei propri diritti.

La controparte del *professionel*, infatti, potrebbe demordere dall'esperire una azione giudiziaria, qualora dovesse promuovere la controversia in un foro lontano da quello della propria residenza o domicilio, a causa della

⁹ La norma in esame è l'ennesimo esempio della estrema superficialità con la quale il nostro legislatore ha recepito la direttiva n. 93/13/Cee. Le norme contenute nel Capo XIV *bis* c.c., infatti, sono ricche di incongruenze e sciatterie redazionali che hanno stemperato l'entusiasmo dei commentatori all'indomani della prima innovazione apportata alla disciplina del contratto.

Accanto all'articolo *de quo* ricordiamo, tra gli altri casi di "sciatteria redazionale", l'utilizzazione indifferente che il legislatore, con riferimento alle clausole, fa dei termini "vessatorie" ed "abusive", o, ancora, le tanto criticate locuzioni "malgrado buona fede" e "trattativa individuale", di cui all'art. 1469 *bis* c.c. Per una ampia disamina dei rilievi critici alla redazione delle norme relative ai "Contratti del consumatore", E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive. Mezzi rituali ed irrituali*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 47 ss.

¹⁰ L'abusività delle clausole contenute nel terzo comma dell'art. 1469 *bis* c.c. è soltanto presunta, nel senso che la presunzione è subordinata alla prova che siano state o meno oggetto di negoziazione individuale.

Come ha avuto modo di rilevare attenta dottrina (A. BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit. *supra*, nota 4, p. 630), la c.d. "lista grigia" non contiene un *numerus clausus* di clausole che si presumono abusive, bensì una lista «indicativa e non esauriente» (art. 3, n. 3, direttiva n. 93/13/Cee) nella quale i giudici potranno far rientrare quelle previsioni contrattuali che, con riferimento al singolo caso concreto provocano un significativo squilibrio ai danni dei consumatori.

onerosità, fisica ed economica, di tutti i disagi ed i costi che, inevitabilmente, ne scaturiscono.

È evidente, quindi, come, in un certo qual modo, la norma in esame si ponga in contrasto con la *ratio* sottesa, da un lato, alla legislazione concernente le clausole abusive, e dall'altro, a tutti gli interventi che, sia in sede comunitaria sia in sede nazionale, si sono succeduti in tema di tutela dei diritti del consumatore.

La legislazione, peraltro in continua evoluzione, ha avuto, in particolare, il grande merito di riconoscere ai consumatori una serie di diritti che li tutelasse dagli eventuali abusi che il professionista, almeno in via ipotetica, potrebbe porre in essere.

Tali diritti, però, corrono il rischio di rimanere, soltanto, delle belle ed ottime norme teoriche inutilizzate, se non si offre al consumatore la possibilità di esercitare le azioni, per la tutela degli stessi, in modo semplice e poco dispendioso (è evidente che ciò non può avvenire qualora si preveda la possibilità per il professionista di derogare la clausola relativa al foro competente, stabilendo per quest'ultimo un luogo lontano dalla sede del domicilio o della residenza del consumatore).

4. Conclusioni. "Domicilio elettivo" del consumatore: una nuova ipotesi di clausola abusiva?

Tornando all'ordinanza, appare opportuno, per completezza di discorso, svolgere alcune brevi considerazioni in merito al termine "elettivo", utilizzato dal legislatore e dalla Suprema Corte con riferimento al domicilio del consumatore.

Le sezioni unite, se da un lato hanno risolto l'"equivoco" relativo alla competenza territoriale, dall'altro, hanno perso l'occasione per sciogliere i dubbi e le ambiguità relative alla corretta accezione che si deve attribuire al termine "domicilio elettivo".

Esso, infatti, offre, inconsapevolmente, al professionista uno strumento per eludere l'inderogabilità del foro competente e mettere, così, sotto scacco la tutela predisposta in difesa del consumatore.

Accade spesso, in effetti, che quest'ultimo, al momento della stipula del contratto, sottoscriva una clausola, unilateralmente predisposta dal professionista, con la quale viene eletto domicilio, presso un luogo a lui gradito o, addirittura, presso la sua stessa sede.

Una siffatta clausola, pertanto, all'apparenza innocua, cela conseguenze contrattuali atte a provocare il "significativo squilibrio" ai danni del consumatore, richiesto dal legislatore per la dichiarazione di inefficacia della stessa.

Basti pensare, per avere la percezione degli effetti che tale clausola può

produrre, a tutte le comunicazioni e informazioni relative al contratto stipulato, delle quali il consumatore, forse, non verrà mai a conoscenza, perché inviate al suo domicilio "elettivo", nel quale, probabilmente, non si recherà mai o si recherà solo occasionalmente.

O, ancora al paradosso che si determinerà al momento della notifica della citazione da parte del professionista nei confronti del consumatore.

Dove dovrà essere notificato l'atto?

Ovviamente nel domicilio eletto per il singolo affare o interesse, secondo le comuni regole procedurali, che nell'ipotesi in esame verrebbe a coincidere con la sede del professionista.

In tal modo, il consumatore non verrà mai a conoscenza dell'atto e, a fronte di una notifica valida, verrà, nel processo, anche dichiarato contumace.

Da quanto detto, risulta del tutto chiaro come a causa del non meglio precisato termine "domicilio elettivo" usato dal legislatore, e sul quale nessuna parola è stata spesa dalla Suprema Corte nell'ordinanza n. 1466/03, venga ad essere inevitabilmente frustrato non solo il dettato dell'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 19, c.c., ma anche l'*iter* interpretativo seguito dai giudici nella pronuncia in esame.

A parere di chi scrive, una clausola con la quale il professionista faccia eleggere domicilio presso la propria sede, o presso altro luogo ad esso più confacente, dovrà essere considerata abusiva e, quindi, dichiarata *tamquam non esset*.

Sebbene, infatti, essa non sia formalmente contenuta nell'elenco, meramente indicativo e non esaustivo, contenuto nell'art. 1469 *bis* c.c., deve esservi ricompresa in via interpretativa.

Negare il contenuto abusivo di una tale clausola, infatti, sarebbe in contrasto, da un lato, con la *ratio* sottesa all'intera disciplina contenuta nel Capo XIV *bis*, sia con l'inderogabilità dell'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 19, c.c.

A che *pro* prevedere, infatti, che non può essere derogata la competenza del foro della residenza o del domicilio del consumatore se poi si offre al professionista la possibilità di far eleggere domicilio al consumatore stesso in altro luogo e, quindi, incardinare lì un eventuale giudizio?

Attenta dottrina, affrontando, seppure in maniera estremamente succinta il problema, lo ha risolto mutuando dall'ordinamento tedesco l'istituto del c.d. *Umgehungsverbot* previsto dal § 7 AGB - *Gesetz*¹¹.

Tale norma prescrive che «questa legge [quella, cioè, relativa alle clausole abusive] si applica anche se le sue norme vengano aggirate da configurazioni negoziali diverse».

Secondo l'Autore, il *Umgehungsverbot* può essere ravvisato, nel nostro ordinamento, nell'art. 1344 c.c., che, disciplinando l'ipotesi del contratto in

¹¹ G. CIAN, *Il nuovo capo XIV - bis*, cit. *supra*, nota 1, p. 425.

frode alla legge, dispone che «si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa».

La norma parla di «contratto», ma, è ovvio, sempre secondo tale opzione interpretativa, che essa sarà applicabile anche quando, come nell'ipotesi in esame, soltanto una singola clausola dello stesso venga a costituire lo strumento per eludere una norma.

Ed in effetti la clausola del foro elettivo *ex art. 1469 bis*, 3° comma, n. 19, c.c., fa parte della c.d. "lista grigia" delle clausole abusive, per l'efficacia delle quali quindi è richiesta la specifica trattativa individuale (art. 1469 *ter*, 4° comma, c.c.), ovvero la negoziazione individuale.

Occorre, dunque, come ho già avuto modo di rilevare, che vi sia stato un vero e proprio, *rectius* effettivo, scambio contestuale, tra professionista e consumatore, di proposta ed accettazione con riguardo alla singola clausola contrattuale.

A mio avviso, infatti, il legislatore, nel parlare di trattativa individuale sulla singola clausola, ha voluto intendere quest'ultima come una entità a se stante, almeno in una prima fase, dal resto del contratto: essa, quindi, deve seguire un procedimento parallelo ed autonomo rispetto a quello della stipula del contratto stesso.

In estrema sintesi, un vero e proprio contratto nel contratto.

Emilio Graziuso*

* Dottorando di ricerca in diritto ed economia dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Bari.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

UNO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO ANCHE IN MATERIA MATRIMONIALE

Regolamento (Ce) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (Ce) n. 1347/2000*

Il Consiglio dell'Unione europea,

visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 61, lett. c., e l'art. 67, par. 1,

vista la proposta della Commissione¹,

visto il parere del Parlamento europeo²,

visto il parere del Comitato economico e sociale europeo³,

considerando quanto segue:

1. La Comunità europea si prefigge l'obiettivo di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone. A tal fine, la Comunità adotta, tra l'altro, le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile necessarie al corretto funzionamento del mercato interno.

* In *Gu-Ue* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1. In argomento v. *infra*, p. 117 ss, il commento di ANNA DI LIETO.

¹ *Guce* n. C 203 E del 27 agosto 2002, p. 155.

² Parere reso il 20 settembre 2002 (non ancora pubblicato in *Gu-Ue*).

³ *Guce* n. C 61 del 14 marzo 2003, p. 76.

2. Il Consiglio europeo di Tampere ha approvato il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie quale fondamento per la creazione di un autentico spazio giudiziario e ha individuato nel diritto di visita un settore prioritario.

3. Il regolamento (Ce) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000⁴, stabilisce norme relative alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e relative alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune, emesse in occasione di procedimenti matrimoniali. Il contenuto di tale regolamento riprendeva ampiamente la convenzione del 28 maggio 1998 avente il medesimo oggetto⁵.

4. Il 3 luglio 2000 la Francia ha presentato un'iniziativa in vista dell'adozione del regolamento del Consiglio relativo all'esecuzione reciproca delle decisioni in materia di diritto di visita ai figli minori⁶.

5. Per garantire parità di condizioni a tutti i minori, il presente regolamento disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale.

6. Dato che l'applicazione delle norme sulla responsabilità genitoriale ricorre spesso nei procedimenti matrimoniali, è più opportuno disporre di uno strumento unico in materia matrimoniale e in materia di responsabilità dei genitori.

7. Il campo di applicazione del presente regolamento riguarda le materie civili, indipendentemente dal tipo di organo giurisdizionale.

8. Relativamente alle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, il presente regolamento dovrebbe applicarsi solo allo scioglimento del vincolo matrimoniale e non dovrebbe riguardare questioni quali le cause di divorzio, gli effetti del matrimonio sui rapporti patrimoniali o altri provvedimenti accessori ed eventuali.

9. Per quanto attiene ai beni del minore, il presente regolamento dovrebbe applicarsi esclusivamente alle misure di protezione del minore, vale a dire *i.* alla designazione e alle funzioni di una persona o ente aventi la responsabilità di gestire i beni del minore o che lo rappresentino o assistano e *ii.* alle misure relative all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore. In tale contesto e a titolo d'esempio, il presente regolamento dovrebbe applicarsi ai casi nei quali i genitori hanno una controversia in merito all'amministrazione dei beni del minore. Le misure relative ai beni del minore e non attinenti alla protezione dello stesso dovrebbero continuare ad essere disciplinate dal regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale⁷.

10. Il presente regolamento non è inteso ad applicarsi a materie come quelle relative alla sicurezza sociale, misure pubbliche di carattere generale in materia di

⁴ *Guce* n. L 160 del 30 giugno 2000, p. 19.

⁵ All'atto dell'adozione del regolamento (Ce) n. 1347/2000, il Consiglio aveva preso atto della relazione esplicativa relativa alla convenzione, redatta dal prof. Alegria Borrás (*Guce* n. C 221 del 16 luglio 1998, p. 27).

⁶ *Guce* n. C 234 del 15 agosto 2000, p. 7.

⁷ *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1. Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 1496/2002 della Commissione (*Guce* n. L 225 del 22 agosto 2002, p. 13).

istruzione e di sanità o decisioni sul diritto d'asilo e nel settore dell'immigrazione. Inoltre, esso non si applica né al diritto di filiazione, che è una questione distinta dall'attribuzione della responsabilità genitoriale, né alle altre questioni connesse con la situazione delle persone. Esso non si applica nemmeno ai provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi dai minori.

11. Le obbligazioni alimentari sono escluse dal campo di applicazione del presente regolamento in quanto sono già disciplinate dal regolamento (Ce) n. 44/2001. I giudici competenti ai sensi del presente regolamento saranno in genere competenti a statuire in materia di obbligazioni alimentari in applicazione dell'art. 5, par. 2, del regolamento (Ce) n. 44/2001.

12. È opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel presente regolamento si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza. Ciò significa che la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della sua residenza o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale.

13. Nell'interesse del minore, il presente regolamento consente al giudice competente, a titolo eccezionale e in determinate condizioni, di trasferire il caso al giudice di un altro Stato membro se quest'ultimo è più indicato a conoscere del caso. Tuttavia, in questo caso, il giudice adito in seconda istanza non dovrebbe essere autorizzato a trasferire il caso a un terzo giudice.

14. Gli effetti del presente regolamento non dovrebbero pregiudicare l'applicazione del diritto internazionale pubblico in materia di immunità diplomatiche. Se il giudice competente in applicazione del presente regolamento non può esercitare la propria competenza a causa dell'esistenza di una immunità diplomatica conforme al diritto internazionale, la competenza dovrebbe essere determinata nello Stato membro nel quale la persona interessata non beneficia di immunità, conformemente alla legge di tale Stato.

15. È opportuno che la notificazione e comunicazione dei documenti introduttivi del giudizio proposto a norma del presente regolamento siano disciplinate dal regolamento (Ce) n. 1348/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale⁸.

16. Il presente regolamento non osta a che i giudici di uno Stato membro adottino, in casi di urgenza, provvedimenti provvisori o cautelari relativi alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati.

17. In caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore, si dovrebbe ottenere immediatamente il ritorno e a tal fine dovrebbe continuare ad essere applicata la convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980, quale integrata dalle disposizioni del presente regolamento, in particolare l'art. 11. I giudici dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito o trattenuto illecitamente dovrebbero avere la possibilità di opporsi al suo rientro in casi precisi, debitamente motivati. Tuttavia, una simile decisione dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento ille-

⁸ *Guce* n. L 160 del 30 giugno 2000, p. 37.

cito o mancato rientro. Se la decisione implica il rientro del minore, esso dovrebbe avvenire senza che sia necessario ricorrere a procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione della decisione nello Stato membro in cui il minore è trattenuto.

18. Qualora venga deciso il non rientro in virtù dell'art. 13, della convenzione dell'Aia del 1980, il giudice dovrebbe informarne il giudice competente o l'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro. Detto giudice, se non è ancora stato adito, o l'autorità centrale, dovrebbe inviare una notificazione alle parti. Questo obbligo non dovrebbe ostare a che l'autorità centrale invii anch'essa una notificazione alle autorità pubbliche interessate conformemente alla legge nazionale.

19. L'audizione del minore è importante ai fini dell'applicazione del presente regolamento, senza che detto strumento miri a modificare le procedure nazionali applicabili in materia.

20. L'audizione del minore in un altro Stato membro può essere effettuata in base alle modalità previste dal regolamento (Ce) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale⁹.

21. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dovrebbero fondarsi sul principio della fiducia reciproca e i motivi di non riconoscimento dovrebbero essere limitati al minimo indispensabile.

22. Gli atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro dovrebbero essere equiparati a "decisioni" ai fini dell'applicazione delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione.

23. Il Consiglio europeo di Tampere ha affermato nelle sue conclusioni (punto 34) che le decisioni pronunciate nelle controversie familiari dovrebbero essere «automaticamente riconosciute in tutta l'Unione senza che siano necessarie procedure intermedie o che sussistano motivi per rifiutarne l'esecuzione». Pertanto le decisioni in materia di diritto di visita o di ritorno, che siano state certificate nello Stato membro d'origine conformemente alle disposizioni del presente regolamento, dovrebbero essere riconosciute e hanno efficacia esecutiva in tutti gli altri Stati membri senza che sia richiesto qualsiasi altro procedimento. Le modalità relative all'esecuzione di tali decisioni sono tuttora disciplinate dalla legge nazionale.

24. Il certificato rilasciato allo scopo di facilitare l'esecuzione della decisione non dovrebbe essere impugnabile. Non dovrebbe poter dare luogo a una domanda di rettifica se non in caso di errore materiale, ossia se il certificato non rispecchia correttamente il contenuto della decisione.

25. È opportuno che le autorità centrali collaborino fra loro, sia in generale che per casi specifici, anche per favorire la risoluzione amichevole delle controversie familiari in materia di responsabilità genitoriale. A questo scopo è necessario che le autorità centrali si avvalgano della possibilità di partecipare alla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, istituita con decisione 2001/470/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale¹⁰.

⁹ *Guce* n. L 174 del 27 giugno 2001, p. 1.

¹⁰ *Guce* n. L 174 del 27 giugno 2001, p. 25.

26. La Commissione dovrebbe rendere pubblici e aggiornare gli elenchi relativi ai giudici e ai mezzi di impugnazione comunicati dagli Stati membri.

27. Le misure necessarie all'attuazione del presente regolamento sono adottate secondo la decisione 1999/468/Ce del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione¹¹.

28. Il presente regolamento sostituisce il regolamento (Ce) n. 1347/2000 che è pertanto abrogato.

29. Ai fini del corretto funzionamento del presente regolamento, è opportuno che la Commissione ne esamini l'applicazione per proporre, se del caso, le modifiche necessarie.

30. A norma dell'art. 3 del protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità europea, questi Stati hanno notificato che intendono partecipare all'adozione ed applicazione del presente regolamento.

31. La Danimarca, conformemente agli artt. 1 e 2 del protocollo sulla posizione della Danimarca allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità europea, non partecipa all'adozione del presente regolamento, e non ne è pertanto vincolata né è soggetta alla sua applicazione.

32. Poiché gli obiettivi del presente regolamento non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque essere realizzati meglio a livello comunitario, la comunità può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del trattato. Il presente regolamento si limita a quanto necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

33. Il presente regolamento riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,

ha adottato il presente regolamento:

Capo I - Ambito d'applicazione e definizioni

Articolo 1 - Ambito d'applicazione

1. Il presente regolamento si applica, indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale, alle materie civili relative:

- a. al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio;
- b. all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale.

2. Le materie di cui al par. 1, lett. b., riguardano in particolare:

- a. il diritto di affidamento e il diritto di visita;
- b. la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi;
- c. la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano;

¹¹ *Guce* n. L 184 del 17 luglio 1999, p. 23.

- d. la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto;
 - e. le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore.
3. Il presente regolamento non si applica:
- a. alla determinazione o 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.

Articolo 2 - Definizioni

Ai fini del presente regolamento valgono le seguenti definizioni:

1. «autorità giurisdizionale»: tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del presente regolamento a norma dell'art. 1;
2. «giudice»: designa il giudice o il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione del presente regolamento;
3. «Stato membro»: tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca;
4. «decisione»: una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro, nonché una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza;
5. «Stato membro d'origine»: lo Stato membro in cui è stata resa la decisione da eseguire;
6. «Stato membro dell'esecuzione»: lo Stato membro in cui viene chiesta l'esecuzione della decisione;
7. «responsabilità genitoriale»: i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita;
8. «titolare della responsabilità genitoriale»: qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore;
9. «diritto di affidamento»: i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza;
10. «diritto di visita»: in particolare il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo;
11. «trasferimento illecito o mancato ritorno del minore»: il trasferimento o il mancato rientro di un minore:
 - a. quando avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato mem-

bro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro

e

b. se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi. L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quanto uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale.

Capo II - Competenza

Sezione 1 - Divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio

Articolo 3 - Competenza generale

1. Sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio le autorità giurisdizionali dello Stato membro:

a. nel cui territorio si trova:

- 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 residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o
- la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio «domicile»;

b. di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del «domicile» di entrambi i coniugi.

2. Ai fini del presente regolamento la nozione di «domicile» cui è fatto riferimento è quella utilizzata negli ordinamenti giuridici del Regno Unito e dell'Irlanda.

Articolo 4 - Domanda riconvenzionale

L'autorità giurisdizionale davanti alla quale pende un procedimento in base all'art. 3 è competente anche per esaminare la domanda riconvenzionale in quanto essa rientri nel campo d'applicazione del presente regolamento.

Articolo 5 - Conversione della separazione personale in divorzio

Fatto salvo l'art. 3, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro che ha reso la decisione sulla separazione personale è altresì competente per convertirla in una decisione di divorzio, qualora ciò sia previsto dalla legislazione di detto Stato.

Articolo 6 - Carattere esclusivo

della competenza giurisdizionale di cui agli articoli 3, 4 e 5

Il coniuge che:

- a. risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro o
 - b. ha la cittadinanza di uno Stato membro o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha il proprio "domicile" nel territorio di uno di questi Stati membri
- può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza degli artt. 3, 4 e 5.

Articolo 7 - Competenza residua

1. Qualora nessun giudice di uno Stato membro sia competente ai sensi degli artt. 3, 4 e 5, la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato.

2. Il cittadino di uno Stato membro che ha la residenza abituale nel territorio di un altro Stato membro può, al pari dei cittadini di quest'ultimo, invocare le norme sulla competenza qui in vigore contro un convenuto che non ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro né ha la cittadinanza di uno Stato membro o che, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, non ha il proprio "domicile" nel territorio di uno di questi Stati membri.

Sezione 2 - Responsabilità genitoriale

Articolo 8 - Competenza generale

1. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi.

2. Il par. 1 si applica fatte salve le disposizioni degli artt. 9, 10 e 12.

Articolo 9 - Ultrattività della competenza della precedente residenza abituale del minore

1. In caso di lecito trasferimento della residenza di un minore da uno Stato membro ad un altro che diventa la sua residenza abituale, la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro della precedente residenza abituale del minore permane in deroga all'art. 8 per un periodo di 3 mesi dal trasferimento, per modificare una decisione sul diritto di visita resa in detto Stato membro prima del trasferimento del minore, quando il titolare del diritto di visita in virtù della decisione sul diritto di visita continua a risiedere abitualmente nello Stato membro della precedente residenza abituale del minore.

2. Il par. 1 non si applica se il titolare del diritto di visita di cui al par. 1, ha accettato la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui risiede abitualmente il minore partecipando ai procedimenti dinanzi ad esse senza contestarla.

Articolo 10 - Competenza nei casi di sottrazione di minori

In caso di trasferimento illecito o mancato rientro del minore, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro conserva la competenza giurisdizionale fino a che il minore non abbia acquisito la residenza in un altro Stato membro e:

a. se ciascuna persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha accettato il trasferimento o mancato rientro;

o

b. se il minore ha soggiornato in quell'altro Stato membro almeno per un anno da quando la persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava e il minore si è integrato nel nuovo ambiente e se ricorre una qualsiasi delle seguenti condizioni:

i. entro un anno da quando il titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava non è stata presentata alcuna domanda di ritorno del minore dinanzi alle autorità competenti dello Stato membro nel quale il minore è stato trasferito o dal quale non ha fatto rientro;

ii. una domanda di ritorno presentata dal titolare del diritto di affidamento è stata ritirata e non è stata presentata una nuova domanda entro il termine di cui al punto i.;

iii. un procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro è stato definito a norma dell'art. 11, par. 7;

iv. l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o del mancato ritorno ha emanato una decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore.

Articolo 11 - Ritorno del minore

1. Quando una persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento adisce le autorità competenti di uno Stato membro affinché emanino un provvedimento in base alla Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (in seguito «la Convenzione dell'Aia del 1980») per ottenere il ritorno di un minore che è stato illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro diverso dallo Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, si applicano i paragrafi da 2 a 8.

2. Nell'applicare gli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aia del 1980, si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità.

3. Un'autorità giurisdizionale alla quale è stata presentata la domanda per il ritorno del minore di cui al par. 1 procede al rapido trattamento della domanda stessa, utilizzando le procedure più rapide previste nella legislazione nazionale.

Fatto salvo il primo comma l'autorità giurisdizionale, salvo nel caso in cui circostanze eccezionali non lo consentano, emana il provvedimento al più tardi sei settimane dopo aver ricevuto la domanda.

4. Un'autorità giurisdizionale non può rifiutare di ordinare il ritorno di un minore in base all'art. 13, lett. b., della Convenzione dell'Aia del 1980 qualora sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno.

5. Un'autorità giurisdizionale non può rifiutare di disporre il ritorno del minore se la persona che lo ha chiesto non ha avuto la possibilità di essere ascoltata.

6. Se un'autorità giurisdizionale ha emanato un provvedimento contro il ritorno di un minore in base all'art. 13 della Convenzione dell'Aia del 1980, l'autorità giurisdizionale deve immediatamente trasmettere direttamente ovvero tramite la sua autorità centrale una copia del provvedimento giudiziario contro il ritorno e dei pertinenti documenti, in particolare una trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice, all'autorità giurisdizionale competente o all'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, come stabilito dalla legislazione nazionale. L'autorità giurisdizionale riceve tutti i documenti indicati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno.

7. A meno che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno non sia già stata adita da una delle parti, l'autorità giurisdizionale o l'autorità centrale che riceve le informazioni di cui al par. 6 deve informarne le parti e invitarle a presentare all'autorità giurisdizionale le proprie conclusioni, conformemente alla legislazione nazionale, entro tre mesi dalla data della notifica, affinché quest'ultima esamini la questione dell'affidamento del minore.

Fatte salve le norme sulla competenza di cui al presente regolamento, in caso di mancato ricevimento delle conclusioni entro il termine stabilito, l'autorità giurisdizionale archivia il procedimento.

8. Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore.

Articolo 12 - Proroga della competenza

1. Le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui viene esercitata, ai sensi dell'art. 5, la competenza a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio sono competenti per le domande relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande se:

a. almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio;

e

b. la competenza giurisdizionale di tali autorità giurisdizionali è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite, ed è conforme all'interesse superiore del minore.

2. La competenza esercitata conformemente al par. 1 cessa non appena:

a. la decisione che accoglie o respinge la domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio sia passata in giudicato;

o

b. nei casi in cui il procedimento relativo alla responsabilità genitoriale è ancora pendente alla data di cui alla lett. *a.*, la decisione relativa a tale procedimento sia passata in giudicato;

o

c. il procedimento di cui alle lettere *a.* e *b.* sia terminato per un'altra ragione.

3. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti in materia di responsabilità dei genitori nei procedimenti diversi da quelli di cui al primo paragrafo se:

a. il minore ha un legame sostanziale con quello Stato membro, in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente o perché è egli stesso cittadino di quello Stato

e

b. la loro competenza è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti al procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite ed è conforme all'interesse superiore del minore.

4. Se il minore ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato che non è parte della convenzione dell'Aia, del 19 ottobre 1996, concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, si presume che la competenza fondata sul presente articolo sia nell'interesse del minore, in particolare quando un procedimento si rivela impossibile nel paese terzo interessato.

Articolo 13 - Competenza fondata sulla presenza del minore

1. Qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore né determinare la competenza ai sensi dell'art. 12, sono competenti i giudici dello Stato membro in cui si trova il minore.

2. Il par. 1 si applica anche ai minori rifugiati o ai minori sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi.

Articolo 14 - Competenza residua

Qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli da 8 a 13 la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato.

Articolo 15 - Trasferimento delle competenze

a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso

1. In via eccezionale le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a conoscere del merito, qualora ritengano che l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare sia più adatto a trattare il caso o una sua parte specifica e ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore, possono:

a. interrompere l'esame del caso o della parte in questione e invitare le parti a presentare domanda all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro conformemente al par. 4 oppure

b. chiedere all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro di assumere la competenza ai sensi del par. 5.

2. Il par. 1 è applicabile:

a. su richiesta di una parte o

b. su iniziativa dell'autorità giurisdizionale o

c. su iniziativa di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con cui il minore abbia un legame particolare, conformemente al par. 3.

Il trasferimento della causa può tuttavia essere effettuato su iniziativa dell'autorità giurisdizionale o su richiesta di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro soltanto se esso è accettato da almeno una delle parti.

3. Si ritiene che il minore abbia un legame particolare con uno Stato membro, ai sensi del par. 1, se tale Stato membro

a. è divenuto la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al par. 1 è stata adita; o

b. è la precedente residenza abituale del minore; o

c. è il paese di cui il minore è cittadino; o

d. è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o

e. la causa riguarda le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore situati sul territorio di questo Stato membro.

4. L'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente a conoscere del merito fissa un termine entro il quale le autorità giurisdizionali dell'altro Stato membro devono essere adite conformemente al par. 1.

Decorso inutilmente tale termine, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita ai sensi degli articoli da 8 a 14.

5. Le autorità giurisdizionali di quest'altro Stato membro possono accettare la competenza, ove ciò corrisponda, a motivo delle particolari circostanze del caso, all'interesse superiore del minore, entro 6 settimane dal momento in cui sono adite in base al par. 1, lettere *a.* o *b.*. In questo caso, l'autorità giurisdizionale preventivamente adita declina la propria competenza. In caso contrario, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adito ai sensi degli articoli da 8 a 14.

6. Le autorità giurisdizionali collaborano, ai fini del presente articolo, direttamente ovvero attraverso le autorità centrali nominate a norma dell'art. 53.

Sezione 3 - Disposizioni comuni

Articolo 16 - Adizione di un'autorità giurisdizionale

1. L'autorità giurisdizionale si considera adita:

a. alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale, purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché fosse effettuata la notificazione al convenuto;

o

b. se l'atto deve essere notificato prima di essere depositato presso l'autorità giurisdizionale, alla data in cui l'autorità competente ai fini della notificazione lo riceve, purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché l'atto fosse depositato presso l'autorità giurisdizionale.

Articolo 17 - Verifica della competenza

L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, investita di una controversia per la quale il presente regolamento non prevede la sua competenza e per la quale, in base al presente regolamento, è competente un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, dichiara d'ufficio la propria incompetenza.

Articolo 18 - Esame della procedibilità

1. Se la persona che ha la residenza abituale in uno Stato diverso dallo Stato membro in cui l'azione è stata proposta non compare, l'autorità giurisdizionale competente è tenuta a sospendere il procedimento fin quando non si sarà accertato che al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile perché questi possa presentare le proprie difese, ovvero che è stato fatto tutto il possibile a tal fine.

2. In luogo delle disposizioni del par. 1 del presente articolo, si applica l'art. 19 del regolamento (Ce) n. 1348/2000 qualora sia stato necessario trasmettere la domanda giudiziale o un atto equivalente da uno Stato membro a un altro a norma di tale regolamento.

3. Ove non si applichino le disposizioni del regolamento (Ce) n. 1348/2000, si applica l'art. 15 della convenzione dell'Aia del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, qualora sia stato necessario trasmettere la domanda giudiziale o un atto equivalente all'estero a norma di tale convenzione.

Articolo 19 - Litispendenza e connessione

1. Qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diverse e tra le stesse parti siano state proposte domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

2. Qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi siano state proposte domande sulla responsabilità genitoriale su uno stesso minore, aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

3. Quando la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita è stata accertata, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

In tal caso la parte che ha proposto la domanda davanti all'autorità giurisdizionale successivamente adita può promuovere l'azione dinanzi all'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

Articolo 20 - Provvedimenti provvisori e cautelari

1. In casi d'urgenza, le disposizioni del presente regolamento non ostano a che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro adottino i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati, anche se, a norma del presente regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

2. I provvedimenti adottati in esecuzione del par. 1 cessano di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente in virtù del presente regolamento a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati.

Capo III - Riconoscimento ed esecuzione

Sezione 1 - Riconoscimento

Articolo 21 - Riconoscimento delle decisioni

1. Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento.

2. In particolare, e fatto salvo il par. 3, non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio pronunciata in un altro Stato membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto Stato membro.

3. Fatta salva la sezione 4 del presente capo, ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta.

La competenza territoriale degli organi giurisdizionali indicati nell'elenco, comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'art. 68, è determinata dal diritto interno dello Stato membro nel quale è proposta l'istanza di riconoscimento o di non riconoscimento.

4. Se il riconoscimento di una decisione è richiesto in via incidentale dinanzi ad una autorità giurisdizionale di uno Stato membro, questa può decidere al riguardo.

Articolo 22 - Motivi di non riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio

La decisione di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio non è riconosciuta nei casi seguenti:

a. se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;

b. quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione;

c. se la decisione è incompatibile con una decisione resa in un procedimento tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; o

d. se la decisione è incompatibile con una decisione anteriore avente le stesse parti, resa in un altro Stato membro o in un paese terzo, purché la decisione anteriore soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto.

Articolo 23 - Motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale

Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti:

a. se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;

b. se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto;

c. quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione;

d. su richiesta di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale, se è stata emessa senza dargli la possibilità di essere ascoltato;

e. se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa nello Stato membro richiesto;

f. se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risiede, la quale soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto;

o

g. se la procedura prevista dall'art. 56 non è stata rispettata.

*Articolo 24 - Divieto di riesame
della competenza giurisdizionale dell'autorità giurisdizionale d'origine*

Non si può procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro d'origine. Il criterio dell'ordine pubblico di cui agli artt. 22, lett. a., e 23, lett. a., non può essere applicato alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 3 a 14.

Articolo 25 - Divergenze fra le leggi

Il riconoscimento di una decisione non può essere negato perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per i medesimi fatti il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio.

Articolo 26 - Divieto di riesame del merito

In nessun caso la decisione può formare oggetto di un riesame del merito.

Articolo 27 - Sospensione del procedimento

1. L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro dinanzi alla quale è richiesto il riconoscimento di una decisione pronunciata in un altro Stato membro può sospendere il procedimento se la decisione è stata impugnata con un mezzo ordinario.

2. L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro dinanzi alla quale è richiesto il riconoscimento di una decisione emessa in Irlanda o nel Regno Unito e la cui esecuzione è sospesa nello Stato membro d'origine per la presentazione di un ricorso può sospendere il procedimento.

Sezione 2 - Istanza per la dichiarazione di esecutività

Articolo 28 - Decisioni esecutive

1. Le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale su un minore, emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, sono eseguite in un altro

Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, purché siano state notificate.

2. Tuttavia la decisione è eseguita in una delle tre parti del Regno Unito (Inghilterra e Galles, Scozia e Irlanda del Nord) soltanto dopo esservi stata registrata per esecuzione, su istanza di una parte interessata.

Articolo 29 - Giudici territorialmente competenti

1. L'istanza per la dichiarazione di esecutività è proposta ai giudici che figurano nell'elenco comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'art. 68.

2. La competenza territoriale è determinata dalla residenza abituale della parte contro cui è chiesta l'esecuzione oppure dalla residenza abituale del minore cui l'istanza si riferisce.

Quando nessuno dei luoghi di cui al primo comma si trova nello Stato membro dell'esecuzione, la competenza territoriale è determinata dal luogo dell'esecuzione.

Articolo 30 - Procedimento

1. Le modalità del deposito dell'istanza sono determinate in base alla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

2. L'istante elegge il proprio domicilio nella circoscrizione dell'autorità giurisdizionale adita. Tuttavia, se la legge dello Stato membro dell'esecuzione non prevede l'elezione del domicilio, l'istante designa un procuratore.

3. All'istanza vengono allegati i documenti di cui agli artt. 37 e 39.

Articolo 31 - Decisione dell'autorità giurisdizionale

1. L'autorità giurisdizionale adita decide senza indugio. In questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni.

2. L'istanza può essere respinta solo per uno dei motivi di cui agli artt. 22, 23 e 24.

3. In nessun caso la decisione può formare oggetto di un riesame del merito.

Articolo 32 - Comunicazione della decisione

La decisione resa su istanza di parte è senza indugio portata a conoscenza del richiedente, a cura del cancelliere, secondo le modalità previste dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

Articolo 33 - Opposizione

1. Ciascuna delle parti può proporre opposizione contro la decisione resa sull'istanza intesa a ottenere una dichiarazione di esecutività.

2. L'opposizione è proposta davanti all'autorità giurisdizionale di cui all'elenco comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'art. 68.

3. Il ricorso è esaminato secondo le norme sul procedimento in contraddittorio.

4. Se l'opposizione è proposta dalla parte che ha richiesto la dichiarazione di esecutività, la parte contro cui l'esecuzione viene fatta valere è chiamata a comparire

davanti all'autorità giurisdizionale dell'opposizione. In caso di contumacia, si applicano le disposizioni dell'art. 18.

5. L'opposizione contro una dichiarazione di esecutività deve essere proposta nel termine di un mese dalla notificazione della stessa. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione ha la residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata rilasciata la dichiarazione di esecutività, il termine è di due mesi a decorrere dalla data della notificazione in mani proprie o nella residenza. Detto termine non è prorogabile per ragioni inerenti alla distanza.

*Articolo 34 - Autorità giurisdizionale
dell'opposizione e ulteriori mezzi di impugnazione*

La decisione resa sull'opposizione può costituire unicamente oggetto delle procedure di cui all'elenco comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'art. 68.

Articolo 35 - Sospensione del procedimento

1. L'autorità giurisdizionale dinanzi alla quale è proposta l'opposizione a norma dell'art. 33 o dell'art. 34 può, su istanza della parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, sospendere il procedimento di esecuzione se la decisione è stata impugnata nello Stato membro d'origine con un mezzo ordinario o se il termine per proporre l'impugnazione non è ancora scaduto. In quest'ultimo caso l'autorità giurisdizionale può fissare un termine per proporre tale impugnazione.

2. Qualora la decisione sia stata emessa in Irlanda o nel Regno Unito, qualsiasi mezzo di impugnazione esperibile nello Stato membro d'origine è considerato "impugnazione ordinaria" ai sensi del par. 1.

Articolo 36 - Esecuzione parziale

1. Se la decisione ha statuito su vari capi della domanda e l'esecuzione non può essere concessa per tutti i capi, l'autorità giurisdizionale autorizza l'esecuzione solo per uno o taluni di essi.

2. L'istante può chiedere un'esecuzione parziale.

(Omissis)

Sezione 4 - Esecuzione di talune decisioni in materia di diritto di visita
e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore

Articolo 40 - Campo d'applicazione

1. La presente sezione si applica:

a. al diritto di visita;

e

b. al ritorno del minore ordinato in seguito a una decisione che prescrive il ritorno del minore di cui all'art. 11, par. 8.

2. Le disposizioni della presente sezione non ostano a che il titolare della responsabilità genitoriale chieda il riconoscimento e l'esecuzione in forza delle dispo-

sizioni contenute nelle sezioni 1 e 2 del presente capo.

Articolo 41 - Diritto di visita

1. Il diritto di visita di cui all'art. 40, par. 1, lett. *a.*, conferito in forza di una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine in accordo con il par. 2.

Anche se il diritto interno non prevede l'esecutività di diritto, nonostante un eventuale ricorso, di una decisione che accorda un diritto di visita, l'autorità giurisdizionale può dichiarare la decisione esecutiva.

2. Il giudice di origine rilascia il certificato di cui al par. 1, sulla base del modello standard di cui all'allegato III (certificato sul diritto di visita), solo nei seguenti casi:

a. in caso di procedimento in contumacia, la domanda giudiziale o un atto equivalente è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale che questi possa presentare le proprie difese, o, è stato notificato o comunicato nel mancato rispetto di queste condizioni, sia comunque accertato che il convenuto ha accettato la decisione inequivocabilmente;

b. tutte le parti interessate hanno avuto la possibilità di essere ascoltate;

e

c. il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità.

Il certificato standard deve essere compilato nella lingua della decisione.

3. Se il diritto di visita riguarda un caso che sin dall'atto della pronuncia della decisione riveste un carattere transfrontaliero, il certificato è rilasciato d'ufficio quando la decisione diventa esecutiva, anche se solo provvisoriamente. Se il caso diventa transfrontaliero solo in seguito, il certificato è rilasciato a richiesta di una della parti.

Articolo 42 - Ritorno del minore

1. Il ritorno del minore di cui all'art. 40, par. 1, lett. *b.*, ordinato con una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine conformemente al par. 2.

Anche se la legislazione nazionale non prevede l'esecutività di diritto, nonostante eventuali impugnazioni, di una decisione che prescrive il ritorno del minore di cui all'art. 11, par. 8, l'autorità giurisdizionale può dichiarare che la decisione in questione è esecutiva.

2. Il giudice di origine che ha emanato la decisione di cui all'art. 40, par. 1, lett. *b.*, rilascia il certificato di cui al par. 1 solo se:

a. il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità;

b. le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e

c. l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei mo-

tivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della Convenzione dell'Aia del 1980.

Nel caso in cui l'autorità giurisdizionale o qualsiasi altra autorità adotti misure per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno nello Stato della residenza abituale, il certificato contiene i dettagli di tali misure.

Il giudice d'origine rilascia detto certificato di sua iniziativa e utilizzando il modello *standard* di cui all'allegato IV (certificato sul ritorno del minore).

Il certificato è compilato nella lingua della decisione.

(Omissis)

Sezione 5 - Atti pubblici e accordi

Articolo 46

Gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni.

Sezione 6 - Altre disposizioni

Articolo 47 - Procedimento di esecuzione

1. Il procedimento di esecuzione è disciplinato dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

2. Ogni decisione pronunciata dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro e dichiarata esecutiva ai sensi della sezione 2 o certificata conformemente all'art. 41, par. 1, o all'art. 42, par. 1, è eseguita nello Stato membro dell'esecuzione alle stesse condizioni che si applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata in tale Stato membro.

In particolare una decisione certificata conformemente all'art. 41, par. 1, o all'art. 42, par. 1, non può essere eseguita se è incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente.

Articolo 48 - Modalità pratiche per l'esercizio del diritto di visita

1. L'autorità giurisdizionale dello Stato membro dell'esecuzione possono stabilire modalità pratiche volte ad organizzare l'esercizio del diritto di visita, qualora le modalità necessarie non siano o siano insufficientemente previste nella decisione emessa dalle autorità giurisdizionali dello Stato membro competente a conoscere del merito e a condizione che siano rispettati gli elementi essenziali di quella decisione.

2. Le modalità pratiche stabilite a norma del par. 1 cessano di essere applicabili in virtù di una decisione posteriore emessa dalle autorità giurisdizionali dello Stato membro competenti a conoscere del merito.

Articolo 49 - Spese

Le disposizioni del presente capo, eccettuate quelle previste alla sezione 4, si applicano altresì alla determinazione dell'importo delle spese per i procedimenti instaurati in base al presente regolamento nonché all'esecuzione di qualsiasi decisione relativa a tali spese.

Articolo 50 - Patrocinio a spese dello Stato

L'istante che nello Stato membro d'origine ha usufruito in tutto o in parte del patrocinio a spese dello Stato o dell'esenzione dalle spese beneficia, nel procedimento di cui agli artt. 21, 28, 41, 42 e 48, dell'assistenza più favorevole o dell'esenzione più ampia prevista dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

(Omissis)

Capo V - Relazioni con gli altri atti normativi

Articolo 59 - Relazione con altri strumenti

1. Fatti salvi gli artt. 60, 63, 64 e il par. 2 del presente articolo, il presente regolamento sostituisce, nei rapporti tra gli Stati membri, le Convenzioni vigenti alla data della sua entrata in vigore, concluse tra due o più Stati membri su materie disciplinate dal presente regolamento.

2. *a.* La Finlandia e la Svezia hanno facoltà di dichiarare che nei loro rapporti reciproci, in luogo delle norme del presente regolamento, si applica in tutto o in parte la Convenzione del 6 febbraio 1931 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia contenente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di matrimonio, adozione e tutela, nonché il relativo protocollo finale. Queste dichiarazioni sono pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea in allegato al presente regolamento. Tali Stati membri possono dichiarare in qualsiasi momento di rinunciare in tutto o in parte.

b. È fatto obbligo di rispettare il principio di non discriminazione in base alla cittadinanza tra i cittadini dell'Unione europea.

c. I criteri di competenza giurisdizionale di qualsiasi accordo che sarà concluso tra gli Stati membri di cui alla lett. *a.* su materie disciplinate dal presente regolamento devono corrispondere a quelli stabiliti dal regolamento stesso.

d. Le decisioni pronunciate in uno degli Stati nordici che abbia reso la dichiarazione di cui alla lett. *a.*, in base a un criterio di competenza giurisdizionale corrispondente a quelli previsti nel capo II del presente regolamento, sono riconosciute ed eseguite negli altri Stati membri secondo le disposizioni del capo III del regolamento stesso.

3. Gli Stati membri comunicano alla Commissione:

a. copia degli accordi di cui al par. 2, lettere *a.* e *c.*, e delle relative leggi uniformi di applicazione;

b. qualsiasi denuncia o modifica di tali accordi o leggi uniformi.

Articolo 60 - Relazione con talune convenzioni multilaterali

Nei rapporti tra gli Stati che ne sono parti, il presente regolamento prevale sulle convenzioni seguenti, nella misura in cui queste riguardino materie da esso disciplinate:

a. Convenzione dell'Aia, del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori;

b. Convenzione del Lussemburgo, dell'8 settembre 1967, sul riconoscimento delle decisioni relative al vincolo matrimoniale;

c. Convenzione dell'Aia, del 1° giugno 1970, sul riconoscimento dei divorzi e

delle separazioni personali;

d. Convenzione europea, del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento;

e

e. Convenzione dell'Aia, del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori.

Articolo 61 - Relazioni con la Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione, in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori

Nelle relazioni con la Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori, il presente regolamento si applica:

a. se il minore in questione ha la sua residenza abituale nel territorio di uno Stato membro;

b. per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione emessa dal giudice competente di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato non membro che è parte contraente di detta convenzione.

Articolo 62 - Portata degli effetti

1. Gli Accordi e le Convenzioni di cui all'art. 59, par. 1, e agli artt. 60 e 61 continuano a produrre effetti nelle materie non disciplinate dal presente regolamento.

2. Le Convenzioni di cui all'art. 60, in particolare la convenzione dell'Aia del 1980, continuano ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti, conformemente all'art. 60.

Articolo 63 - Trattati con la Santa Sede

1. Il presente regolamento fa salvo il Trattato internazionale (Concordato) concluso fra la Santa Sede e il Portogallo, firmato nella Città del Vaticano il 7 maggio 1940.

2. Ogni decisione relativa all'invalidità di un matrimonio disciplinata dal trattato di cui al par. 1 è riconosciuta negli Stati membri a norma del capo III, sezione 1, del presente regolamento.

3. Le disposizioni di cui ai par. 1 e 2 si applicano altresì ai seguenti Trattati internazionali (Concordati) conclusi con la Santa Sede:

a. «Concordato lateranense», dell'11 febbraio 1929, tra l'Italia e la Santa Sede, modificato dall'accordo, con protocollo aggiuntivo, firmato a Roma il 18 febbraio 1984;

b. Accordo tra la Santa Sede e la Spagna su questioni giuridiche del 3 gennaio 1979.

4. L'Italia e la Spagna possono sottoporre il riconoscimento delle decisioni di cui al par. 2 alle procedure e ai controlli applicabili alle sentenze dei tribunali ecclesiastici pronunciate in base ai Trattati internazionali con la Santa Sede di cui al par. 3.

5. Gli Stati membri comunicano alla Commissione:
- a. una copia dei Trattati di cui ai par. 1 e 3;
 - b. eventuali denunce o modificazioni di tali trattati.

Capo VI - Disposizioni transitorie

Articolo 64

1. Il presente regolamento si applica solo alle azioni proposte, agli atti pubblici formati e agli accordi tra le parti conclusi posteriormente alla data in cui il presente regolamento entra in applicazione secondo l'art. 72.

2. Le decisioni pronunciate dopo l'entrata in applicazione del presente regolamento, relative ad azioni proposte prima di tale termine ma dopo l'entrata in vigore del regolamento (Ce) n. 1347/2000, sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo III del presente regolamento se la norma sulla competenza era fondata su regole conformi a quelle contenute nel capo II del regolamento stesso, ovvero nel regolamento (Ce) n. 1347/2000, ovvero in una convenzione in vigore tra lo Stato membro d'origine e lo Stato membro richiesto al momento della proposizione dell'azione.

3. Le decisioni pronunciate prima dell'entrata in applicazione del presente regolamento, relative ad azioni proposte dopo l'entrata in vigore del regolamento (Ce) n. 1347/2000, sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo III del presente regolamento, purché siano decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, ovvero decisioni relative alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune, emesse in occasione di quei procedimenti matrimoniali.

4. Le decisioni pronunciate prima dell'entrata in applicazione del presente regolamento ma dopo l'entrata in vigore del regolamento (Ce) n. 1347/2000, relative ad azioni proposte prima dell'entrata in vigore del regolamento (Ce) n. 1347/2000, sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo III del presente regolamento, purché siano decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, ovvero decisioni relative alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune, emesse in occasione di quei procedimenti matrimoniali, e se la norma sulla competenza era fondata su regole conformi a quelle contenute nel capo II del presente regolamento, ovvero nel regolamento (Ce) n. 1347/2000, ovvero in una convenzione in vigore tra lo Stato membro d'origine e lo Stato membro richiesto al momento della proposizione dell'azione.

Capo VII - Disposizioni finali

Articolo 65 - Riesame

Al più tardi il 1° gennaio 2012 e successivamente ogni cinque anni, la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, sulla base delle informazioni fornite dagli Stati membri, una relazione sull'applicazione del presente regolamento, corredata se del caso di proposte di adeguamento.

Articolo 66 - Stati membri con sistemi normativi plurimi

Qualora in uno Stato membro vengano, in unità territoriali diverse, due o più sistemi giuridici o complessi di norme per questioni disciplinate dal presente regolamento:

- a. ogni riferimento alla residenza abituale nello Stato membro va inteso come ri-

ferimento alla residenza abituale nell'unità territoriale;

b. ogni riferimento alla cittadinanza, o, nel caso del Regno Unito, al «domicile» va inteso come riferimento all'appartenenza all'unità territoriale designata dalla legge di detto Stato;

c. ogni riferimento all'autorità dello Stato membro va inteso come riferimento all'autorità di un'unità territoriale interessata di tale Stato;

d. ogni riferimento alle norme dello Stato membro richiesto va inteso come riferimento alle norme dell'unità territoriale in cui si invocano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento o l'esecuzione.

(Omissis)

Articolo 71 - Abrogazione del regolamento (Ce) n. 1347/2000

1. Il regolamento (Ce) n. 1347/2000 è abrogato alla data in cui il presente regolamento entra in applicazione.

2. I riferimenti al regolamento (Ce) n. 1347/2000 si intendono fatti al presente regolamento secondo la tavola di concordanza che figura nell'allegato V.

Articolo 72 - Entrata in vigore

Il presente regolamento entra in vigore il 1° agosto 2004.

Il presente regolamento si applica dal 1° marzo 2005, ad eccezione degli artt. 67, 68, 69 e 70 che si applicano dal 1° agosto 2004.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri in base al trattato che istituisce la Comunità europea.

(Omissis)

IL REGOLAMENTO N. 2201/2003 RELATIVO ALLA COMPETENZA, AL RICONOSCIMENTO E ALL'ESECUZIONE DELLE DECISIONI IN MATERIA MATRIMONIALE E IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Sommario: **1.** *Introduzione* - **2.** *Ambito di applicazione del regolamento* - **a.** *In materia matrimoniale* - **b.** *In materia di responsabilità genitoriale* - **c.** *Ratione loci* - **d.** *Ratione temporis* - **e.** *In relazione a convenzioni e trattati internazionali*- **3.** *Competenza giurisdizionale* - **a.** *In materia matrimoniale* - **b.** *In materia di responsabilità genitoriale* - **c.** *In materia di obbligazioni alimentari* - **d.** *Per le domande riconvenzionali* - **e.** *Per le conversioni delle separazioni in divorzi* - **f.** *Per i provvedimenti cautelari o provvisori* - **4.** *Litispendenza* - **5.** *Riconoscimento* - **6.** *Esecuzione delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale* - **7.** *Conclusioni.*

1. Introduzione

Il regolamento (Ce) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale costituisce un significativo passo in avanti verso la realizzazione di un diritto europeo delle relazioni familiari¹.

Fino agli anni Novanta l'integrazione europea si era limitata sostanzialmente alle relazioni economiche al punto che le stesse iniziative consentite dall'art. 220 TCE in tema di semplificazione delle formalità relative alla circo-

¹ V. in proposito il commento al precedente regolamento (Ce) n. 1347/2000, UCCELLA, *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il regolamento n. 1347 del 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi*, in *Giust. civ.*, 2001, II, p. 2005 ss.

lazione delle sentenze, prima fra tutte la Convenzione di Bruxelles del 28 settembre 1968, non avevano riguardato la materia matrimoniale e familiare.

L'idea di una convenzione in materia matrimoniale risale agli inizi degli anni Novanta².

Durante la presidenza del Regno Unito nel 1992 fu elaborato un questionario, poi riesaminato dalla presidenza danese e quindi inviato agli Stati membri per un primo scambio d'opinioni sull'argomento. Al Consiglio europeo di Bruxelles del 10 e 11 dicembre 1993 si decise di predisporre nell'ambito del terzo pilastro una convenzione che, in base all'art. K 3 di Maastricht, estendeva alle cause matrimoniali la Convenzione di Bruxelles³.

Il 28 maggio 1998 la Convenzione fu firmata da tutti gli Stati membri ma, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (che ha modificato la base giuridica della cooperazione giudiziaria in materia civile inserendola nelle materie di competenza della CE e non più degli Stati membri), non venne ratificata da nessun Stato e fu trasformata in un regolamento, emanato ex art. 65 del Trattato, il n. 1347/2000 adottato il 29 maggio 2000 ed entrato in vigore il 1° marzo 2001⁴, spesso denominato Bruxelles II, che da un lato

² Un primo lavoro di carattere prettamente dottrinale venne elaborato dal Gruppo europeo di diritto internazionale, che tra il 1992 ed il 1993 predispose un progetto di convenzione doppia, contenente sia regole di competenza giudiziaria diretta sia regole di riconoscimento e di esecuzione. Tale progetto aveva un campo di applicazione *ratione materiae* molto ampio: matrimonio, regime matrimoniale, separazione personale, divorzio, filiazione e successione. Erano esclusi gli obblighi alimentari che erano coperti dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, l'adozione, la protezione dei minori e dei maggiorenni e questo per non creare conflitti con le Convenzioni dell'Aia già in vigore o in via di formazione. Questo progetto adottato ad Heidelberg (e perciò comunemente chiamato Progetto Heidelberg) il 2 ottobre 1993 è stato pubblicato in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1993, p. 841 ss.

³ L'opportunità di tale Convenzione poggiava su tre argomentazioni principali: *a.* la volontà di introdurre norme uniformi sulla competenza nelle cause matrimoniali; *b.* la necessità di introdurre norme moderne di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di annullamento, di divorzio e separazione per tutti gli Stati membri dell'Unione europea, stabilendo a tal fine un procedimento uniforme; *c.* l'esigenza di evitare procedimenti paralleli in cause matrimoniali in vari Stati membri, attraverso norme sulla litispendenza. Questo atto battezzato «Convenzione di Bruxelles II» presentava molte differenze con il Progetto di Heidelberg, ma la limitazione dell'oggetto era dettata dalla necessità di dare una rapida risposta alle difficoltà più pressanti: le coppie miste che volevano divorziare trovavano ostacoli nella diversità delle regole di competenza giudiziaria nei diversi Stati dell'Unione e la decisione ottenuta in uno Stato membro, sia se riguardava gli sposi sia se riguardava i figli della coppia, non erano facilmente riconosciute né eseguite in un altro Stato. Il contenzioso era piuttosto rilevante soprattutto in Francia e Germania (si ricordi il caso *Tiemann/Lancelin* in cui due bambini erano tenuti in Germania dal padre tedesco mentre la madre francese li reclamava, e sul quale sono intervenute numerose decisioni sia tedesche che francesi compresa la Corte costituzionale tedesca; su questa vicenda v. FONTAINE, *Bruxelles II, La nouvelle convention entre les Etats d'Union européenne sur le règlement des conflits transnationaux en matière familiale*, in *Droit et patrimoine*, n. 69, mars 1999, p. 22 ss.).

⁴ A commento del regolamento V. ANCEL, *La désunion européenne: Règlement dit Bruxelles II*, in *Rev. crit. droit int.*, 2001, p. 403 ss.; GAUDEMET-TALLON, *Le règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécutions des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, in *Journ. dr. int.*, 2001, p. 381 ss.; BONOMI, *Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 298 ss.; HAUSMANN, *Il nuovo diritto internazionale processuale in materia matrimoniale nell'UE*, in *The European Legal Forum*, 2000/01, p. 275 ss.; MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 376 ss.;

stabilisce le condizioni in presenza delle quali le autorità nazionali hanno competenza in materia matrimoniale e, dall'altro, disciplina il trattamento delle decisioni così rese negli altri Stati membri⁵.

Il 3 luglio 2000 la Francia ha presentato un'iniziativa in materia di visita dei figli minori.

La Commissione ha proposto sia un nuovo regolamento che abroga il regolamento (Ce) n. 1347/2000 e che riguarda il divorzio, la responsabilità genitoriale ed il riconoscimento automatico delle decisioni relative al diritto di visita e di ritorno dei minori sia l'adozione di una decisione del Consiglio per autorizzare gli Stati membri a firmare la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione, in materia di potestà dei genitori e di misure per la tutela dei minori, decisione formalmente adottata dal Consiglio il 19 dicembre 2002⁶.

Infine il 27 novembre 2003 è stato emanato il regolamento (Ce) n. 2201/2003, detto Bruxelles II bis, che abroga il regolamento (Ce) n. 1347/2000 e che si applicherà dal 1° marzo 2005 ad eccezione degli artt. 75, 68, 69 e 70 che si applicano dal 1° agosto 2004⁷.

2. Ambito di applicazione del regolamento

a. In materia matrimoniale

Ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. a. il regolamento si applica ai «procedimenti civili relativi al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio». Essi sono da intendere in senso ampio tanto da ricomprendere gli altri procedimenti ufficialmente riconosciuti in uno Stato membro anche dinanzi ad autorità amministrative. Sono esclusi i procedimenti di divorzio privato, posti in essere negli Stati membri senza la partecipazione di autorità giudiziarie o amministrative (ad es. da cittadini di Stati islamici).

OBERTO, *Il Regolamento del Consiglio (Ce) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità parentale nei confronti dei figli comuni*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2002, p. 361 ss.; BARATTA, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 455 ss.; MCELEAVY, *The Bruxelles II Regulation: how the European Community has moved into Family Law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2002, p. 883 ss.

⁵ La dottrina parla di carattere doppio di tal tipo di normativa caratteristica del sistema di diritto uniforme relativo allo spazio giudiziario europeo, sul quale v. in generale CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento CE 44/2001*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2002, p. 6 ss.

⁶ Decisione del Consiglio n. 2003/93/Ce, in *Gu-Ue* n. L 48 del 21 febbraio 2003, p. 1.

⁷ *Gu-Ue* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

Il regolamento riguarda sia le azioni dirette allo scioglimento del matrimonio e alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, come ad esempio in Italia quelle previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 898/1970, sia l'azione di annullamento del matrimonio di cui all'art. 117 ss. c.c. e le azioni dirette alla separazione senza scioglimento del vincolo matrimoniale, come ad es. la separazione giudiziale di cui all'art. 115 c.c.

Il regolamento si riferisce perciò non solo alle azioni che mirano a decisioni giudiziarie costitutive ma anche a quelle, come la separazione consensuale di cui all'art. 158 c.c., in cui al giudice spetta solo una funzione di controllo e di conferma dell'accordo raggiunto dai coniugi.

Esso non si occupa degli effetti del divorzio sul patrimonio familiare (regime dei beni, regime di ripartizione delle aspettative previdenziali, casa familiare e mobilio), dell'obbligo di mantenimento e di altre conseguenze come l'uso del nome. La proposizione di domande concernenti aspetti quali l'addebito della separazione - ove previsto -, l'assegnazione della casa coniugale, lo scioglimento del regime di comunione legale non potranno perciò sottostare al sistema disciplinato dal regolamento.

Al di là del matrimonio nessun altro tipo di unioni rileva per il regolamento⁸.

b. *In materia di responsabilità genitoriale*

Ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. b. il regolamento si riferisce ai procedimenti civili relativi all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale. Sono escluse le questioni relative alle obbligazioni alimentari, che sono già trattate dal regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, e i provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi dai figli. In questo caso poiché in alcuni Stati membri esiste una netta separazione tra i provvedimenti di tipo penale e i provvedimenti cautelari di natura civile che ne conseguono, quali ad es. il collocamento del minore in istituto, si è deciso di escluderli dal campo di applicazione del regolamento per lasciare allo Stato membro che adotta i procedimenti penali l'esercizio della competenza ad adottare anche i necessari provvedimenti di natura civile.

L'espressione «titolare della responsabilità genitoriale» è stata scelta per evitare discriminazioni tra i minori ammettendo solo talune misure o lasciando certi bambini e certe situazioni fuori dal campo di applicazione del regolamento. Pertanto, il termine si riferisce tanto alla persona quanto ai beni del minore, e titolare della responsabilità genitoriale può essere sia una persona

⁸ Le altre forme di unioni quali i partenariati registrati (PACS) o il semplice concubinato non rilevano per il regolamento. Sui problemi di diritto internazionale privato posti dai PACS v. FULCHIRON, *Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé*, in *Journ. dr. int.*, 2000, p. 889 ss.

fisica sia una persona giuridica. I relativi diritti e doveri possono derivare direttamente dalla legge, da una decisione, o da un accordo in vigore. Inoltre il termine ricomprende il diritto di affidamento e il diritto di visita⁹.

c. *Ratione loci*

Il regolamento vale per tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca che all'atto della ratifica del Trattato di Amsterdam ha manifestato la volontà di non essere vincolata all'applicazione del titolo IV e degli atti comunitari basati sugli articoli relativi alla cooperazione civile. Vale invece per il Regno Unito e l'Irlanda che si sono riservate la libertà di decidere la loro posizione volta per volta esercitando un diritto di *opting out* e che in questo caso hanno scelto di aderire al regolamento.

d. *Ratione temporis*

In base all'art. 64, c. 1, il regolamento vale solo per le azioni proposte, gli atti pubblici formati e gli accordi tra le parti conclusi dopo la sua entrata in applicazione. Per l'individuazione del momento in cui un'azione è stata proposta decide il diritto processuale della giurisdizione adita per prima. Sempre in base all'art. 64, c. 2, si possono riconoscere ed eseguire decisioni pronunciate in procedimenti instaurati prima dell'entrata in applicazione del regolamento ma dopo l'entrata in vigore del regolamento (Ce) n. 1347/2000 se la decisione verrà pronunciata nello Stato d'origine dopo il 1° agosto 2004 e i giudici aditi sono internazionalmente competenti in virtù di regole conformi a quelle contenute nel capo II del regolamento ovvero nel regolamento (Ce) n. 1347/2000, ovvero in una convenzione in vigore tra lo Stato d'origine e quello richiesto del riconoscimento al momento della proposizione dell'azione.

⁹ Il precedente regolamento (Ce) n. 1347/2000 si riferiva invece alla potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, instaurati in occasione delle cause matrimoniali e non anche ai procedimenti relativi all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale. Per i figli di entrambi i coniugi il regolamento (Ce) n. 1347/2000 intendeva sia i figli di sangue della coppia sia quelli adottati da entrambi i coniugi con esclusione dei figli provenienti da matrimoni precedenti, laddove questi vivano nella famiglia della coppia al momento dell'instaurazione della causa matrimoniale; al riguardo restano valide le convenzioni internazionali rispetto alle quali prevale il regolamento e le regole dei rispettivi diritti processuali civili nazionali. La sussistenza dei presupposti per avvalersi di una competenza giurisdizionale per le decisioni in materia di potestà dei genitori ex art. 3 erano oggetto di esame separato per ciascun figlio.

e. *Relazione con trattati o convenzioni internazionali*

Il coordinamento con convenzioni internazionali concluse dagli Stati membri nella stessa materia è disciplinato all'art. 60 che dispone la prevalenza del regolamento. Nelle relazioni con la Convenzione dell'Aia del 1996 l'art. 61 prevede la prevalenza del regolamento se il minore in questione ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro e per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione emessa dal giudice competente in uno Stato membro, anche se il minore non ha la residenza in uno Stato membro ma in uno Stato che è parte contraente della Convenzione. Per quanto concerne gli accordi con la Santa Sede il regolamento fa salvi i Concordati conclusi dall'Italia, dal Portogallo e dalla Spagna¹⁰. Ne consegue che una sentenza di nullità matrimoniale riconosciuta in uno di questi tre Stati potrà circolare anche negli altri Stati.

3. Competenza giurisdizionale

Innovando rispetto ai trattati internazionali bilaterali o multilaterali conclusi in materia di cause matrimoniali e ispirandosi alla Convenzione di Bruxelles del 1968 il regolamento (Ce) n. 2201/2003, come il precedente regolamento (Ce) n. 1347/2000, pone regole uniformi relative alla competenza giurisdizionale dei giudici degli Stati membri, che hanno la precedenza rispetto a disposizioni nazionali in materia. Diversamente però dalla Convenzione di Bruxelles che stabilisce nel domicilio del convenuto il foro generale (art. 2) al quale contrappone le competenze speciali di cui agli artt. 5 e 6, il regolamento (Ce) n. 2201/2003 rinuncia a fissare un foro "generale" in materia matrimoniale individuando con criteri alternativi o esclusivi la giurisdizione da determinarsi peraltro oggettivamente. In materia di responsabilità genitoriale invece viene individuato un foro generale nella residenza abituale del minore.

L'art. 3 del regolamento indica come criteri di competenza giurisdizionale in tema di divorzio, separazione e annullamento del matrimonio, la residenza abituale, la cittadinanza, o nel caso dell'Irlanda e del Regno Unito il «*domici-*

¹⁰ In Portogallo i tribunali ecclesiastici hanno competenza esclusiva a dichiarare l'annullamento del matrimonio di diritto canonico concordatario, dal momento che l'art. 63, c. 1, del regolamento attribuisce al Portogallo la facoltà di non riconoscere ai giudici civili competenza per l'annullamento di matrimoni concordatari portoghesi. (L'Italia ha formulato una dichiarazione allegata al regolamento nella quale si riserva la facoltà di adottare, nei confronti delle sentenze dei tribunali ecclesiastici portoghesi, le stesse procedure e di effettuare gli stessi controlli che prevede nel suo ordinamento in riferimento alle sentenze dei tribunali ecclesiastici italiani). La situazione è diversa in Italia ed in Spagna, dove la competenza dei tribunali ecclesiastici a dichiarare l'annullamento non è esclusiva ma concorrente; per questo si dice che le decisioni dei tribunali ecclesiastici beneficino dello stesso regime di riconoscimento, pur non esistendo tale competenza esclusiva.

le»¹¹. Alla volontà delle parti non viene attribuito alcun ruolo; sono escluse pertanto le clausole di proroga della giurisdizione, richiamate invece in tema di responsabilità genitoriale all'art. 12, e non è attribuito alcun significato alla mancata sollevazione dell'eccezione di giurisdizione da parte del convenuto in una causa di separazione o di divorzio pendente dinanzi ad un giudice internazionalmente incompetente. In base all'art. 17 spetta al giudice di uno Stato membro dichiarare d'ufficio la propria incompetenza laddove venga investito di una controversia per la quale non ha competenza e per la quale sia invece competente, sempre in base al regolamento, il giudice di un altro Stato membro.

I requisiti posti nell'art. 3 del regolamento sono esclusivi, e sostituiscono quindi nel loro campo di applicazione i requisiti comuni di competenza giurisdizionale diretta previsti dai sistemi di d.i.p. degli Stati membri dell'UE¹². Ciò comporta che i giudici degli Stati membri non possono basare la propria competenza internazionale su altre disposizioni (per esempio nazionali¹³) a meno che il regolamento non lo preveda in via di eccezione¹⁴.

Mentre la Convenzione di Bruxelles, in particolare nelle sue disposizioni sulle competenze speciali (artt. 5 e 6), fissa contemporaneamente, insieme alla competenza giurisdizionale, la competenza territoriale, il regolamento (Ce)

¹¹ Per l'art. 3 in tema di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio «1. Sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio le autorità giurisdizionali dello Stato membro: *a.* nel cui territorio si trova: 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 residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio *domicile*; *b.* di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del *domicile* di entrambi i coniugi».

¹² Così PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in PICONE, *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, Jovene, 2003, p. 697 ss. in part. p. 714. Nel caso in cui il convenuto abbia la propria residenza abituale nel territorio di uno Stato membro del regolamento (lett. *a.*) o sia cittadino di tale Stato, ovvero, nel caso di Regno Unito o Irlanda, vi sia domiciliato nel senso di cui all'art. 3, lett. *b.*, è possibile instaurare un procedimento dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, secondo l'art. 6, solo in forza degli artt. 3-4-5. L'art. 4 relativo alla domanda riconvenzionale dice che il giudice davanti al quale pende un procedimento in base all'art. 3 è competente anche per esaminare la domanda riconvenzionale in quanto essa rientri nel campo d'applicazione del presente regolamento. L'art. 5 relativo alla conversione della separazione personale in divorzio afferma che, fatto salvo l'art. 3, il giudice dello Stato membro che ha reso la decisione sulla separazione personale è altresì competente per convertirla in una decisione di divorzio, qualora ciò sia previsto dalla legislazione di detto Stato.

¹³ In Italia la legge n. 219 del 1994 all'art. 3, c. 1, prevede il domicilio dei coniugi o di uno di essi e all'art. 32 il luogo di celebrazione del matrimonio.

¹⁴ L'art. 7 dice che «1. Qualora nessun giudice di uno Stato membro sia competente a norma degli artt. 3, 4 e 5, la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato. 2. Il cittadino di uno Stato membro che ha la residenza abituale nel territorio di un altro Stato membro può, al pari dei cittadini di quest'ultimo, invocare le norme sulla competenza qui in vigore contro un convenuto che non ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro né ha la cittadinanza di uno Stato membro o che, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, non ha il proprio «*domicile*» nel territorio di uno di questi Stati membri».

n. 2201/2003 disciplina solo la competenza giurisdizionale. La competenza territoriale in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale è stabilita dal diritto processuale nazionale degli Stati membri.

Alla residenza abituale, sia in materia matrimoniale che di responsabilità genitoriale, viene dato maggior rilievo rispetto alla cittadinanza (che tuttavia viene presa in considerazione quando è comune ad entrambi i coniugi o quando si accompagna alla residenza per almeno sei mesi del coniuge attore). Lo stesso vale per il collegamento al *domicile*, dominante in *common law*, il quale prende il posto della cittadinanza nei casi del Regno Unito e dell'Irlanda ai sensi dell'art. 3, c. 2.

a. *In materia matrimoniale*

Il regolamento non dà una definizione del concetto di «residenza abituale» che corrisponde a quello adottato nelle Convenzioni dell'Aia e nel diritto degli Stati membri. Sarà il giudice a doverlo valutare caso per caso.

In materia matrimoniale competenti sono in ogni caso i giudici degli Stati membri in cui il convenuto ha la propria residenza abituale, conformemente al principio secondo il quale *actor sequitur forum rei*¹⁵.

Mentre la sola cittadinanza del ricorrente comporta esclusivamente, ex art. 3, c. 1, lett. a., 6° trattino, la possibilità di fondare anticipatamente un *forum actoris*, alla cittadinanza comune dei coniugi spetta, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. b. del regolamento, un ruolo autonomo quale criterio di collegamento per la competenza giurisdizionale in materia matrimoniale. Il fatto di aver contrassegnato con le lett. a. e b. non comporta la fissazione di un ordine di precedenza fra residenza abituale e cittadinanza: entrambi i criteri di competenza sono piuttosto a disposizione dei coniugi in via alternativa e paritaria. È

¹⁵ Siffatto principio, però, nell'ambito del regolamento viene limitato a favore dell'attore. D'altronde, la residenza abituale del ricorrente è sufficiente a fondare da sola la competenza giurisdizionale solo se si accompagna a criteri aggiuntivi. Così, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. a., 5° trattino, è necessario che tale residenza sia durata almeno un anno prima della domanda, per essere in grado di fondare un *forum actoris*. Il termine si accorcia invece di sei mesi se il ricorrente è cittadino dello Stato membro interessato o - nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda - ha ivi il proprio «*domicile*». Queste regole permettono al coniuge, che dopo il fallimento di un matrimonio vissuto all'estero sia tornato in patria, di adire ivi un foro competente senza necessità di una durata minima della residenza abituale. Il ricorrente può adire i giudici dello Stato in cui ha la propria residenza se entrambi i coniugi abbiano ivi avuto - non necessariamente insieme - la loro ultima residenza abituale. In tal modo il ricorrente non è tenuto, nel caso in cui il convenuto abbia fatto ritorno in patria dopo la separazione o il divorzio, a seguirlo in tale Stato o a soddisfare i criteri della durata minima di cui all'art. 3, c. 1, lett. a., 5° trattino e 6° del regolamento. Lo stesso vale infine nell'ipotesi in cui i coniugi non abbiano (più) avuto la loro residenza abituale nel medesimo Stato membro, ma abbiano però proposto una domanda congiunta di divorzio o separazione (art. 3, c. 1, lett. a., 4° trattino del regolamento). Il concetto di «domanda congiunta» deve essere in questo contesto interpretato estensivamente e ricomprende anche quei casi in cui la domanda venga sì formalmente presentata da uno solo dei coniugi, ma l'altro dà il suo consenso. Di conseguenza questo collegamento in tema di competenza si avvicina alla mancata sollevazione dell'eccezione di giurisdizione che altrimenti, in materia matrimoniale, è priva di effetti.

necessario fare riferimento alla cittadinanza del coniuge al momento della proposizione della domanda: una precedente cittadinanza non viene pertanto in considerazione.

Va detto che il problema rappresentato dalla doppia o plurima cittadinanza di uno o di entrambi i coniugi non è stato considerato, nell'ambito dell'art. 3, c. 2, lett. *b.* del regolamento¹⁶.

b. In materia di responsabilità genitoriale

La competenza giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale, seguendo quanto disposto dalla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori del 5 ottobre 1961, e poi dalla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei bambini del 19 ottobre 1996, viene determinata ex art. 8 in base alla residenza abituale del minore considerato quale foro generale.

Tale criterio non viene applicato qualora si verifichi un cambiamento di residenza (lecito o illecito) o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ed è inoltre previsto un meccanismo di flessibilità (art. 15)¹⁷. L'obiettivo consiste nell'assicurare che, in tutti i casi, l'attribuzione della competenza corrisponda all'interesse superiore del minore.

Nei casi di legittimo cambio di residenza del minore continua a esercitare la competenza lo Stato membro nel quale il minore risiedeva in precedenza. Affinché il giudice di tale Stato, che ha già emesso una decisione sulla responsabilità genitoriale, possa mantenere la competenza giurisdizionale, devono ricorrere le seguenti condizioni: il minore si è trasferito solo di recente nella nuova residenza e uno dei titolari della responsabilità genitoriale continua a risiedere nello Stato membro della precedente residenza del bambino. In tal modo è il giudice che conosce meglio la situazione del minore che modifica la decisione anteriore per tener conto dell'avvenuto trasferimento del minore.

¹⁶ Come nel diritto internazionale privato degli Stati membri viene di solito fatto prevalere il criterio rappresentato dalla propria cittadinanza e, nel caso di concorrenza di più cittadinanze straniere, si preferisce la cittadinanza effettiva così, nel diritto processuale civile internazionale la cittadinanza dello Stato del foro anche se si tratta di una cittadinanza non effettiva può far nascere una competenza internazionale. Pare però dubbio se anche in sede di interpretazione del regolamento, con riguardo al trattamento di soggetti a cittadinanza plurima, ci si debba basare sul rispettivo diritto nazionale dello Stato del foro. Al riguardo vedi HAUSMANN, *Il nuovo diritto internazionale processuale*, cit. *supra*, nota 5, p. 277.

¹⁷ L'art. 15 prevede il trasferimento delle competenze a una giurisdizione più adatta a trattare il caso rifacendosi a quanto stabilito dalla convenzione dell'Aia del 1996. Il legame con un dato Stato membro, condizione necessaria perché il procedimento possa esservi trasferito, risulta dal fatto che il minore in precedenza risiedeva abitualmente in quello Stato o che è cittadino di tale Stato membro, ovvero dal fatto che tale Paese è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale, o ancora che in tale Paese sono situati i beni patrimoniali del minore. Il trasferimento del procedimento deve inoltre essere richiesto da un titolare della responsabilità genitoriale, e non può pertanto intervenire su iniziativa dei giudici. Una misura di salvaguardia supplementare consiste nella valutazione effettuata dai giudici che propongono il trasferimento del procedimento e da quelli che accettano tale trasferimento, valutazione volta ad accertare che ciò corrisponda all'interesse superiore del minore.

Nei casi di sottrazione di minori l'art. 10 stabilisce la competenza dello Stato nel quale il minore risiedeva prima del trasferimento illecito o del mancato rientro e ciò al fine di evitare che si ricorra a mezzi illeciti per instaurare legami giurisdizionali artificiali, nell'intento di ottenere l'affidamento dei figli. Tuttavia, se è passato un periodo sufficiente e non è tuttora pendente un'istanza di ritorno del minore presentata entro il periodo di un anno, la situazione creatasi di fatto a seguito dell'illecita sottrazione del minore può produrre come conseguenza giuridica, il trasferimento della competenza a favore dello Stato dove il minore è stato trasferito.

Nel caso in cui ci si rivolga alle autorità giudiziarie per ottenere il ritorno del minore illecitamente trasferito o trattenuto occorre, in base all'art. 11 del regolamento, che sia ascoltato il minore durante il procedimento «se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità» e che la decisione sia presa in tempi brevi, così come previsto dagli artt. 12¹⁸ e 13¹⁹ della Convenzione del 25 ottobre 1980 dell'Aia sulla sottrazione dei minori.

L'art. 12 prevede una certa libertà di scelta delle parti permettendo che i coniugi possano accettare che il giudice che ha emesso la decisione di divorzio sia competente a decidere anche in materia di responsabilità genitoriale sui figli di entrambi i coniugi o che tutti i titolari della responsabilità genitoriale possano decidere di comune accordo di adire i giudici di uno Stato membro con cui il minore abbia un legame sostanziale²⁰. Detto legame può ad

¹⁸ *Articolo 12.* Quando un minore è stato espatriato o trattenuto illecitamente ai sensi dell'art. 3 ed è trascorso un periodo di meno di un anno dal momento dell'espatrio o del mancato rientro a quello dell'inoltro della istanza all'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità interessata ordina il suo rientro immediato. L'autorità giudiziaria o amministrativa, anche se adita dopo il periodo di un anno previsto al capoverso precedente, deve ordinare ugualmente il rientro immediato del minore, a meno che non sia accertato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente. Quando l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato convenuto ha ragione di ritenere che il minore è stato condotto in un altro Stato, può sospendere la procedura o rigettare l'istanza di rientro del minore.

¹⁹ *Articolo 13.* Nonostante le disposizioni dell'articolo precedente, l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato convenuto non è tenuta a disporre il rientro del minore quando la persona, l'istituzione o l'organismo che si oppone al suo rientro accerta: *a.* che la persona, l'istituzione o l'organismo che aveva la cura del minore non esercitava di fatto il diritto di custodia all'epoca dell'espatrio o del mancato rientro, o l'aveva accordato o acquisito successivamente a tale espatrio o mancato rientro; *b.* che esiste un rischio grave che il rientro del minore lo esponga ad un danno fisico o psichico o che in ogni caso lo si pone in una situazione intollerabile. L'autorità giudiziaria o amministrativa può anche rifiutare di disporre il rientro del minore se accerta che questi vi si oppone e che egli ha raggiunto un'età e una maturità in cui si ritiene opportuno tenere conto di questa opinione. Nella valutazione delle circostanze considerate in questo articolo le autorità giudiziarie o amministrative devono tener conto delle informazioni sulla situazione sociale del soggetto fornite dall'Autorità centrale o da ogni altra autorità competente dello Stato della residenza abituale del minore.

²⁰ I par. 1 e 3 dell'art. 12 corrispondono all'art. 3, par. 2 e 3 del regolamento (Ce) n. 1347/2000 del Consiglio che prevedeva una competenza supplementare per le decisioni che riguardano la potestà dei genitori per un figlio comune in favore dei giudici dello Stato membro competente a decidere, ai sensi dell'art. 2 del regolamento stesso, nella causa matrimoniale. Poiché il regolamento faceva esclusivamente riferimento al procedimento di affidamento esercitato in occasione di una causa matrimoniale, la competenza supplementare di cui all'art. 3 presupponeva che quest'ultima fosse già pendente. La competenza ex art. 3, c. 1 e 2, veniva meno non appena la decisione (di

esempio dipendere dalla residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale o dalla cittadinanza del minore. La soluzione proposta è intesa a promuovere l'accordo, se non altro sul giudice competente a trattare la causa, lasciando nel contempo una certa flessibilità ai titolari della responsabilità genitoriale. Spetta però ai giudici aditi l'obbligo di stabilire se l'assunzione della competenza risponda all'interesse superiore del minore.

c. In materia di obbligazioni alimentari

L'art. 1 del regolamento, che ne dichiara l'applicazione alle materie civili relative all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale, esclude le questioni relative alle obbligazioni alimentari che sono disciplinate dal regolamento (Ce) n. 44/2001²¹.

d. Per le domande riconvenzionali

L'art. 4 attribuisce al giudice competente in via principale la competenza ad esaminare le domande riconvenzionali riprendendo quanto già previsto dalla Convenzione di Bruxelles all'art. 6, n. 3 e dal regolamento (Ce) n. 44/2001 all'art. 6, n. 3.

e. Per la conversione della separazione in divorzio

In base all'art. 5 il giudice che ha reso la decisione sulla separazione è competente a convertirla in una decisione di divorzio ma soltanto se ciò è previsto dalla sua legislazione.

accoglimento o di rigetto) sulla causa matrimoniale fosse passata in giudicato. Laddove in tale momento fosse ancora pendente un procedimento concernente la potestà dei genitori, la competenza sullo stesso permaneva però fino ad una sua definizione definitiva (art. 3, c. 1, lett. b.).

²¹ La competenza internazionale in materia di alimenti, anche laddove essa sia connessa ad un procedimento di divorzio, viene determinata in conformità del regolamento n. 44/2001 al quale si può peraltro ricorrere solo se il convenuto ha il proprio domicilio in uno Stato membro. Al di fuori dello Stato del domicilio del convenuto (art. 2, c. 1 della Convenzione di Bruxelles e art. 5, n. 2 del regolamento (Ce) n. 44/2001), l'art. 5, n. 2 della Convenzione di Bruxelles apre facoltativamente un foro presso la residenza abituale del creditore di alimenti. In tal modo si raggiunge, nel caso tipico in cui il coniuge legittimato a ricevere gli alimenti agisca in giudizio per gli stessi, un parallelismo fra competenza giurisdizionale in materia matrimoniale e di obbligazioni alimentari, e questo anche se solo uno dei coniugi sia abitualmente residente nello Stato i cui giudici sono stati aditi (art. 2, c. 1, lett. a. del regolamento). Laddove invece la competenza giurisdizionale sia esclusivamente fondata sulla cittadinanza comune dei coniugi (art. 2, c. 1, lett. b.), in quanto nessuno dei due ha la propria residenza abituale, eventualmente qualificata, nello Stato in cui è aperto il procedimento, i giudici aditi sono competenti a decidere anche sugli alimenti solo in conformità dell'art. 5, n. 2, 3° al. della Convenzione di Bruxelles. Ciò presuppone che tali giudici abbiano una competenza supplementare a decidere sulla richiesta di alimenti sulla base del proprio diritto processuale.

f. *Per i provvedimenti cautelari e provvisori*

L'art. 20 del regolamento permette un rinvio generale alle norme nazionali sulla competenza in caso d'urgenza per misure provvisorie (comprese quelle cautelari) in relazione alle persone o ai beni che si trovano nello Stato in cui è aperto il procedimento. Questo vale anche nell'ipotesi in cui sono competenti a decidere sulla causa principale - vale a dire in materia matrimoniale o di responsabilità genitoriale -, in base al regolamento, i giudici di un altro Stato membro.

4. Litispendenza

In tema di litispendenza internazionale, l'art. 19, introduce un'importante novità, almeno rispetto agli accordi esistenti in materia matrimoniale²². In base ad esso infatti si ha litispendenza non solo quando dinanzi a giudici di Stati membri diversi fra le stesse parti pendono domande aventi il medesimo oggetto ed il medesimo titolo, ma anche quando le domande non hanno lo stesso oggetto e lo stesso titolo, purché siano tutte relative al divorzio, alla separazione personale o all'annullamento: ciò che rileva è se il "nocciolo" di entrambi i procedimenti sia o meno eguale²³.

La conseguenza di tale situazione è che il giudice successivamente adito deve sospendere d'ufficio il procedimento fino a che non sia stata accertata la competenza di quello preventivamente adito, e, al fine di evitare conflitti negativi di competenza, il giudice successivamente adito può, ex art. 19, c. 3, 1° parte, dichiarare la propria incompetenza e respingere la domanda solo quando sia stata accertata la competenza del giudice preventivamente adito. Siffatta competenza deve essere verificata solo da quest'ultimo sulla base degli

²² In realtà l'art. 19 si rifà all'art. 21 della Convenzione di Bruxelles così come interpretato dalla Corte di giustizia. A tal proposito rileva quanto affermato dall'Avvocato Generale TESAURO nelle sue conclusioni relativamente alla causa n. C-406/92, *Tatry c. Maciej Rataj*, sentenza del 6 dicembre 1994, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5439 e cioè che «sono necessarie e sufficienti, perché l'art. 21 trovi applicazione, l'identità delle parti, indipendentemente dalla posizione processuale assunta dall'una o dall'altra nei due procedimenti, e l'identità del rapporto giuridico fondamentale dal quale derivano le situazioni fatte valere dalle parti: quest'ultima situazione si verifica, in particolare, quando la questione sollevata in una causa costituisca il presupposto logico della domanda formante oggetto dell'altra, o quando domande diverse siano comunque riconducibili ad una situazione sostanzialmente unica».

²³ Questione aperta è quella di sapere se gli effetti della litispendenza si producono anche nel momento della proposizione di un'istanza di conciliazione, quale prevista in certi ordinamenti nazionali. La risposta è certamente affermativa quando un tentativo di conciliazione è previsto, sia pure obbligatoriamente, nell'ambito di una procedura unitaria di separazione o di divorzio, com'è il caso della normativa italiana (art. 708 c.p.c. e c. 4 e 7 della legge n. 898/1970), V. OBERTO, *Schema ipertestuale di una relazione sul tema. Il Regolamento del Consiglio (Ce) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità parentale nei confronti dei figli comuni*, in <http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/regolamentouetorino/schemahtm>, p. 25.

artt. 2-6 del regolamento ovvero, in via subordinata, sulla base del proprio diritto processuale.

L'art. 19, c. 1 e 2, del regolamento - come l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles -, accogliendo il principio di prevenzione, accorda la precedenza al procedimento divenuto pendente per primo.

Accettando questa nozione allargata di litispendenza si persegue l'obiettivo di trattare unitariamente tutte le cause relative alla medesima situazione in un unico processo, al fine di attuare un reale spazio giudiziario europeo. Di conseguenza il giudice adito con la domanda principale ha competenza per conoscere le domande proposte in via riconvenzionale. La parte che ha proposto la domanda davanti al giudice successivamente adito può proporla davanti al giudice preventivamente adito senza incorrere in quelle limitazioni o preclusioni che sono previste dal diritto processuale interno per la proposizione di domande riconvenzionali o per la riunione di procedimenti connessi²⁴. In realtà il regolamento parla unicamente di litispendenza e non di connessione ma nell'ampia nozione di litispendenza rientrano anche casi di connessione. Il blocco determinato dall'art. 19 impone che per poter presentare altra domanda relativa allo stesso rapporto matrimoniale bisogna sempre aspettare il passaggio in giudicato della decisione del primo giudice²⁵.

Per determinare il momento di pendenza della lite, all'art. 19, c. 4, è stata inserita una disciplina autonoma rispetto a quella prevista dai diritti processuali nazionali degli Stati membri²⁶, che fa alternativamente riferimento alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è stata depositata presso il giudice oppure, nel caso in cui, secondo la *lex fori*, l'atto deve essere notificato al convenuto prima di essere depositato presso il giudice, alla data in cui l'autorità competente ai fini della notificazione l'ha ricevuto²⁷. Presupposto

²⁴ Come ad es. l'art. 166 c.p.c. che impone al convenuto di proporre le domande riconvenzionali nella comparsa di risposta, a pena di decadenza.

²⁵ Pertanto, se ad esempio nel caso di un matrimonio italo-tedesco si perviene, su istanza della moglie, alla pronuncia definitiva della separazione giudiziale da parte dei giudici italiani, preventivamente aditi, il marito tedesco può da questo momento presentare istanza di divorzio -inammissibile durante la pendenza del procedimento di separazione dinanzi ai giudici tedeschi. Nel caso di un matrimonio tra uno svedese ed un'austriaca, se è stata prima presentata domanda di divorzio in Svezia e poi domanda di annullamento in Austria, il giudice austriaco dovrà dichiarare la propria incompetenza e poi, passata in giudicato la sentenza di divorzio in Svezia, potrà essere adito dalla moglie austriaca e ciò al fine di assicurare che gli effetti del divorzio (che valgono *ex nunc*) possano valere *ex tunc* configurandosi un'ipotesi di annullamento. V. relazione BORRAS n. 57.

²⁶ La disposizione corrisponde all'art. 30 del regolamento (Ce) n. 44/2001 che a sua volta ha colmato una lacuna del regime di Bruxelles che rinviava in relazione alla nozione di giudice preventivamente adito, di cui all'art. 21 della Convenzione, alla legge nazionale di ciascun Stato contraente, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 1984 in causa n. 129/83, *Zelger*, in *Raccolta*, 1984, p. 2397.

²⁷ Uniformandosi a quanto disposto in sede comunitaria la nostra Corte costituzionale con sentenza n. 477 del 26 novembre 2002 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dal combinato disposto dell'articolo 149 c.p.c. e dell'art. 4, comma terzo, della legge n. 890/1982 nella parte in cui prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna all'ufficiale giudiziario e con sentenza n. 28

comune ad entrambi i casi è tuttavia che successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto - sulla base della rispettiva *lex fori* - al fine di effettuare la notificazione della domanda al convenuto e di depositarla presso il giudice²⁸.

5. Riconoscimento

Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate dai giudici di uno Stato membro in una causa matrimoniale o in un procedimento in materia di potestà dei genitori emesso in occasione della causa matrimoniale sono disciplinati nel capo III del regolamento.

Come la Convenzione di Bruxelles, anche il regolamento applica un concetto ampio di decisione per cui sono suscettibili di riconoscimento, non solo le decisioni passate in giudicato, bensì anche le pronunce cautelari, quali per esempio i provvedimenti provvisori concernenti la regolamentazione dell'affidamento, della determinazione della residenza o del diritto di visita in pendenza della causa matrimoniale. Ciò vale anche per quelle misure cautelari adottate dai giudici di uno Stato membro nei casi urgenti di cui all'art. 20 sul fondamento delle proprie norme sulla competenza, laddove le stesse riguardano persone o beni che si trovano nello Stato della decisione. Alle decisioni giudiziarie vengono espressamente equiparate, al considerando n. 22 del regolamento, gli atti pubblici aventi efficacia esecutiva formati in uno Stato membro nonché gli accordi conclusi dinanzi ad un giudice in corso di giudizio ed esecutivi²⁹.

Il capo III del regolamento non risulta al contrario applicabile in caso di riconoscimento di decisioni che hanno respinto la domanda di separazione o di divorzio presentata in quanto inammissibile o infondata. Pertanto i giudici di uno Stato membro, caratterizzato da un diritto liberale in materia di divorzio, possono pronunciarsi a favore della domanda di separazione o di divorzio anche se i giudici di un altro Stato membro, parimenti competenti secondo il regolamento, hanno precedentemente respinto la domanda, sulla base di un diritto più severo in materia.

del 23 gennaio 2004 ha esteso a tutte le notifiche (a mezzo posta e non) il principio secondo cui «la notificazione si perfeziona nei confronti del notificante al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario».

²⁸ Viene così superato nel diritto processuale europeo in materia matrimoniale il c.d. «Windhundprinzip» finora vigente in relazione all'art. 21 Convenzione di Bruxelles, e la determinazione del procedimento divenuto pendente per primo non dipende più dall'imponderabilità della notificazione internazionale. V. HAUSMANN, *Il nuovo diritto internazionale processuale*, cit. supra, nota 5, p. 347.

²⁹ Per la determinazione delle spese per i procedimenti instaurati in base al regolamento, l'art. 49, come l'art. 13, c. 2 del regolamento (Ce) n. 1347/2000, stabilisce la validità del capo III eccettuate le disposizioni della sezione 4.

Per l'aggiornamento delle iscrizioni nei registri dello stato civile non si richiede alcun provvedimento. È sufficiente una decisione definitiva al riguardo³⁰.

Va precisato che, secondo il regolamento, è suscettibile di riconoscimento solo la decisione sullo *status*, e che tale riconoscimento non si estende alle decisioni (accessorie) relative alle conseguenze patrimoniali del divorzio (alimenti, regime dei beni, regime di ripartizione delle aspettative patrimoniali), anche laddove queste siano regolate nella sentenza matrimoniale. Insuscettibili di riconoscimento sono, inoltre, anche le decisioni, ancora previste nel diritto di alcuni Stati membri, relative ad una addebitabilità del divorzio ad uno o ad entrambi i coniugi. Lo stesso vale per le azioni dirette ad accertare l'esistenza o meno di un matrimonio, così come per i procedimenti di divorzio negoziali (privati). Questo costituisce un grave limite del regolamento: è ovvio che chi desidera sciogliere un legame matrimoniale non intende solo ottenere lo stato libero, ma regolare per intero la sua situazione matrimoniale, forse soprattutto le conseguenze patrimoniali.

I presupposti e la procedura di riconoscimento si ispirano alla Convenzione di Bruxelles. Le disposizioni del regolamento si fondano sul principio della fiducia reciproca fra gli Stati membri. Ciò significa in particolare l'esclusione di un riesame del merito (*révision au fond*) della decisione (cfr. art. 26 del regolamento). Inoltre, il regolamento esclude all'art. 24 - in armonia con il principio di cui all'art. 28, c. 3, della Convenzione di Bruxelles - un controllo della competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato d'origine. Il riconoscimento di decisioni straniere in materia matrimoniale o di responsabilità genitoriale non può quindi essere rifiutato neanche se il giudice dello Stato d'origine si è ritenuto internazionalmente competente disconoscendo grossolanamente le disposizioni del capo II del regolamento. In tal caso però la decisione può essere impugnata in via straordinaria, altrimenti si garantirebbe al giudicato straniero una inammissibile posizione di intangibilità³¹.

I motivi del rifiuto del riconoscimento fissati all'art. 22 per le decisioni in materia matrimoniale sono quattro e precisamente: 1. manifesta contrarietà all'ordine pubblico; 2. mancato rispetto del diritto di difesa; 3. contrasto con una decisione resa tra le medesime parti nello Stato richiesto; 4. contrasto con una decisione resa in precedenza in un altro Stato membro o in uno Stato ter-

³⁰ Come spiega BORRAS nella sua relazione *sub* art. 14 del regolamento (Ce) n. 1347/2000, corrispondente all'art. 21, c. 2 del regolamento (Ce) n. 2201/2003: «non si tratta di un riconoscimento giudiziario ma piuttosto di un caso di riconoscimento d'iscrizione». Sull'art. 14, c. 2, vedi MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 545 ss., in particolare p. 553 ss.

³¹ BARATTA, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione*, *cit. supra*, nota 5, p. 464, infatti dice «se, com'è ovvio è vietato un nuovo giudizio sulla questione, sembra peraltro necessario ammettere l'impugnazione in via straordinaria della decisione nello Stato di riconoscimento (in Italia ai sensi dell'art. 395, n. 1, 2, 3, 4 e 6 c.p.c.). In caso contrario, i diritti soggettivi sottostanti risulterebbero incomprensibilmente privi di tutela giurisdizionale e si garantirebbe al giudicato straniero una posizione di assoluta intangibilità di cui non godono neppure le decisioni interne».

zo. Tali motivi sono corrispondenti alle relative regole della Convenzione di Bruxelles (art. 27), e rispettivamente del regolamento (Ce) n. 44/2001 (art. 34). Una differenza si ha solo in relazione alla protezione a fronte delle sentenze contumaciali di cui all'art. 22, c. 1, lett. *b*. Qui - contrariamente all'art. 27, n. 2, della Convenzione di Bruxelles ma in armonia con la nuova versione della disposizione di cui all'art. 34, n. 2, del regolamento concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - si è rinunciato ad un controllo della regolarità della notifica della domanda introduttiva, dando rilievo al fatto che il convenuto abbia accettato inequivocabilmente la decisione. Egli cioè non può eccepire l'imperfetta instaurazione del procedimento laddove, con il suo comportamento (contraendo un nuovo matrimonio), fa inequivocabilmente intendere di considerare validamente risolto il vincolo matrimoniale³².

Il maggior ostacolo al riconoscimento in materia matrimoniale è costituito dalla riserva di ordine pubblico di cui all'art. 22, lett. *a*. del regolamento, che non può essere invocato nel caso di violazione delle norme sulla competenza (art. 24) né per una divergenza fra la legge applicata dal giudice *a quo* ed il diritto dello Stato richiesto. Infatti, l'art. 25 del regolamento stabilisce che il riconoscimento di una decisione pronunciata in una causa matrimoniale non può essere negato perché un divorzio, una separazione personale o l'annullamento del matrimonio non sarebbero ammissibili, secondo la legge dello Stato richiesto, ponendo a loro fondamento i medesimi fatti. In realtà il regolamento ammette che sia possibile un ricorso al limite dell'ordine pubblico solo in casi eccezionali. Il contrasto con i principi del foro deve essere manifesto e si deve motivare dettagliatamente l'intervento dell'ordine pubblico³³.

Le conseguenze di un eventuale contrasto tra la decisione da riconoscere e una decisione resa nello Stato richiesto o in uno Stato terzo, ma suscettibile di essere ivi riconosciuta, sono disciplinate dal regolamento secondo quanto previsto dalla Convenzione di Bruxelles. In caso di concorrenza fra le decisioni pronunciate in più Stati membri, e rispettivamente fra una decisione pronunciata in uno Stato membro e un'altra pronunciata in uno Stato terzo, in base al principio di prevenienza posto dall'art. 22 lett. *d*. del regolamento, prevale la decisione emessa per prima, se sussistono i presupposti per un suo riconoscimento. Negli altri casi vale l'assoluta priorità - conformemente all'art.

³² L'art. 22 dice espressamente che «La decisione di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio non è riconosciuta nei casi seguenti: (...) *b*. quando è resa in contumacia ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione (...)». La disposizione in realtà riguarda sempre il limite dell'ordine pubblico, in specifico dell'ordine pubblico processuale.

³³ Sul concetto di ordine pubblico v. LOPEZ TARRUELLA, *L'ordine pubblico nel sistema del riconoscimento e dell'esecuzione in base alla Convenzione di Bruxelles*, in *The European Legal Forum*, 2000/01, p. 122 ss.

27, n. 3, della Convenzione di Bruxelles - delle decisioni rese nello Stato richiesto, ai sensi dell'art. 22, lett. c., del regolamento, che sono quindi privilegiate anche se sono state pronunciate solo dopo, da un punto di vista temporale, la decisione straniera. Gli effetti della sentenza in materia matrimoniale emessa in un altro Stato membro per prima riconoscibile nel territorio nazionale terminano di conseguenza nel momento in cui la decisione nazionale contrastante acquista efficacia³⁴.

Il regolamento tende a favorire la libera circolazione delle decisioni in materia matrimoniale, nonché l'uniforme valutazione dello stato delle persone in tutti gli Stati membri. Ne consegue che è possibile il riconoscimento di una sentenza straniera in materia matrimoniale con effetti più ampi sullo *status* nello Stato richiesto in cui è stata già resa una decisione con effetti minori sullo *status* e che l'annullamento di un matrimonio sul territorio nazionale impedisce il riconoscimento di una sentenza straniera che sancisce il divorzio in ordine al medesimo matrimonio; peraltro, la separazione personale pronunciata dai giudici dello Stato richiesto non si oppone al riconoscimento di una successiva sentenza di divorzio resa dai giudici di un altro Stato membro. D'altra parte, però, anche una sentenza interna la quale abbia respinto l'istanza di divorzio del ricorrente perché immotivata, non essendo ancora decorso il termine di separazione previsto dalla legge, non vieta comunque il riconoscimento di una successiva sentenza di divorzio straniera, laddove il divorzio, al momento della pronuncia della decisione straniera, avrebbe potuto essere sancito anche da un giudice del primo Stato.

Gli ostacoli al riconoscimento relativi alle decisioni sulla responsabilità genitoriale sono disciplinati all'art. 23, che riproduce l'art. 23 della Convenzione dell'Aia del 1996. In tale disposizione particolare attenzione si pone all'interesse superiore del figlio, che prevale anche a discapito del controllo di ordine pubblico (art. 23, lett. a.). Inoltre il riconoscimento della decisione sull'affidamento può essere negato ai sensi dell'art. 23, lett. b., qualora al figlio non sia stata data possibilità di essere ascoltato dal giudice. Oltre a ciò l'art. 23, lett. d. tutela il diritto di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale se è stata emessa senza dargli la possibilità

³⁴ Come osserva HAUSMANN, *Il nuovo diritto internazionale processuale*, cit. supra, nota 5, p. 350 «in tal modo si pone la questione se ciò vale anche per le decisioni nazionali di rigetto, se cioè, per esempio, il rigetto di una domanda di divorzio da parte di un giudice tedesco impedisca o meno in Germania il riconoscimento di una sentenza di divorzio - pronunciata in un momento precedente o successivo - proveniente da un altro Stato membro. In favore di una siffatta interpretazione potrebbe deporre la formulazione di ampio respiro di cui all'art. 13, c. 1 del regolamento 1347/2000 (decisione ai fini del presente regolamento). La conseguenza sarebbe tuttavia - come HELMS a ragione sottolinea - quella di un "libero turismo del divorzio", poiché a colui che ricorre dinanzi al tribunale tedesco della famiglia non sarebbe impedito di proporre nuovamente la propria domanda di divorzio immediatamente dopo dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, parimenti competenti ex art. 2 del regolamento 1347/2000 o art. 1 del regolamento 2201/2003, e la relativa sentenza dovrebbe poi essere riconosciuta in Germania».

di essere ascoltato. Particolarità valgono infine anche con riguardo all'incompatibilità di tale decisione con una decisione con questa contrastante emessa nello Stato richiesto o in tale Stato riconoscibile ma emessa in uno Stato terzo, in cui il figlio ha la propria residenza abituale; infatti - diversamente che in materia matrimoniale, in cui anche, ovvero solo, precedenti decisioni pronunciate nello Stato richiesto o in uno Stato terzo si oppongono al riconoscimento (art. 22, lett. *c.* e *d.*, del regolamento) - in materia di responsabilità genitoriale la decisione non sarà riconosciuta, ex art. 23, lett. *e.* ed *f.* del regolamento, se incompatibile con una decisione pronunciata in un secondo tempo nello Stato richiesto o nello Stato terzo in cui il figlio abbia la propria residenza e che soddisfa le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto.

6. Esecuzione delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale

Le disposizioni sull'esecuzione poste alle sezioni 2 e 3 del capo III riguardano solo le decisioni sulla responsabilità genitoriale dato che in materia matrimoniale è sufficiente il riconoscimento, vista la limitazione del campo di applicazione del regolamento che non disciplina gli aspetti patrimoniali.

Per le decisioni relative alla responsabilità genitoriale è richiesto un apposito procedimento volto ad ottenere l'*exequatur* che è simile al modello previsto dalla Convenzione di Bruxelles (art. 31 ss.), e dal regolamento (Ce) n. 44/2001 (art. 38 ss.) e lascia in gran parte spazio alle norme processuali nazionali.

Il procedimento si suddivide in tre fasi: la prima, che si apre su istanza di parte, segue le modalità stabilite da ogni singolo Stato per i profili non regolati e si svolge *inaudita altera parte*³⁵; la seconda si apre con l'opposizione proposta³⁶; la terza eventuale fase si svolge dinanzi ad una autorità diversa da quella che ha condotto le prime due fasi.

³⁵ L'art. 30 stabilisce che per il procedimento di esecuzione «1. Le modalità del deposito dell'istanza sono determinate in base alla legge dello Stato membro dell'esecuzione. 2. L'istante elegge il proprio domicilio nella circoscrizione dell'autorità giurisdizionale adita. Tuttavia, se la legge dello Stato membro dell'esecuzione non prevede l'elezione del domicilio, l'istante designa un procuratore. 3. All'istanza vengono allegati i documenti di cui agli artt. 37 e 39». L'art. 31 afferma che «1. L'autorità giurisdizionale adita decide senza indugio. In questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni. 2. L'istanza può essere respinta solo per uno dei motivi di cui agli artt. 22, 23 e 24. 3. In nessun caso la decisione può essere riesaminata nel merito». Per la notificazione della decisione, l'art. 32 prevede che «La decisione resa su istanza di parte è senza indugio portata a conoscenza del richiedente, a cura del cancelliere, secondo le modalità previste dalla legge dello Stato dell'esecuzione».

³⁶ L'art. 33 dice che «1. Ciascuna delle parti può proporre opposizione contro la decisione resa sull'istanza intesa a ottenere una dichiarazione di esecutività. 2. L'opposizione è proposta davanti all'autorità giurisdizionale di cui all'elenco comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 68. 3. Il ricorso è esaminato secondo le norme sul procedimento in contraddittorio. 4. Se l'opposizione è proposta dalla parte che ha richiesto la dichiarazione di esecutività, la parte contro cui l'esecuzione viene fatta valere è chiamata a comparire davanti all'autorità giurisdizionale dell'opposizione. In caso di contumacia, si applicano le disposizioni dell'articolo 18.

Per quanto concerne il diritto di visita e di ritorno del minore è invece abolito l'*exequatur* nello Stato membro dell'esecuzione per le decisioni che sono state certificate nello Stato membro di origine in modo da equiparare ai fini dell'esecuzione la decisione a una decisione pronunciata nello Stato membro dell'esecuzione. I requisiti procedurali ai quali la decisione deve conformarsi ai fini della certificazione concernono l'audizione del minore e, solo per il diritto di visita, le decisioni rese in contumacia, e corrispondono pertanto ai criteri di non riconoscimento di cui all'art. 23 del regolamento. Per quanto riguarda le decisioni rese in contumacia l'art. 41 stabilisce che il giudice rilascia il certificato sul diritto di visita, in caso di procedimento contumaciale, solo se «la domanda giudiziale o un atto equivalente è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale che questi possa presentare le proprie difese, o, è stato notificato o comunicato nel mancato rispetto di queste condizioni, sia comunque accertato che il convenuto ha accettato la decisione». L'ipotesi di contumacia del convenuto non viene presa in esame dall'art. 42 relativo al ritorno del minore nei casi di sottrazione.

7. Conclusioni

Il regolamento (Ce) n. 2201/2003 rappresenta senza dubbio un importante passo in avanti verso un'uniformazione dello *status* matrimoniale delle persone nell'Unione europea. Come è stato osservato, per il precedente regolamento (Ce) n. 1347/2000, contribuisce ad assicurare la libera circolazione delle persone a cui si dà la possibilità di portare con sé la loro situazione familiare³⁷. Resta però il dubbio che al momento esso avrà poco rilievo sul piano pratico almeno fin quando non si procederà ad estendere il suo campo di applicazione oggettivo alle ulteriori conseguenze del divorzio, in particolare al settore del regime dei beni, con lo scopo di creare un'omnicomprensiva competenza per connessione europea.

Giustamente la dottrina ha sottolineato che con l'incentrarsi sulla nozione di residenza abituale il regolamento, collegando l'individuazione del giudice competente a tale nozione, dà formalmente ingresso - a livello comunitario - alla nuova cittadinanza, individuata dai sociologi, come non più riferita al

5. L'opposizione contro una dichiarazione di esecutività deve essere proposta nel termine di un mese dalla notificazione della stessa. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione ha la residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata rilasciata la dichiarazione di esecutività, il termine è di due mesi a decorrere dalla data della notificazione in mani proprie o nella residenza. Detto termine non è prorogabile per ragioni inerenti alla distanza».

³⁷ JAYME, *Le droit international privé du nouveau millénaire, la protection de la personne humaine face à la globalisation*, in *Recueil des Cours*, 2000, tomo 282, p. 23.

legame individuo-Stato, ma alla relazione intercorrente tra individuo e luogo dei suoi interessi (anche non patrimoniali in senso stretto)³⁸.

Il regolamento però non evita i pericoli di un *forum shopping*. Le attuali differenze giuridiche comportano che i coniugi scelgono, laddove sia possibile, il foro più favorevole³⁹.

Non essendoci un'armonizzazione in materia matrimoniale ne consegue che resta più complessa la conclusione di un matrimonio e più facile il suo scioglimento. Mentre per concludere il matrimonio nella maggior parte degli Stati membri devono essere soddisfatti dei requisiti oggettivi sia nello Stato di residenza che in quello d'origine di entrambi gli sposi, e talvolta devono essere rispettate delle disposizioni imperative in tema di forma, relative al luogo della celebrazione, il coniuge che vuole sciogliere il vincolo matrimoniale può scegliere, in base all'art. 1 del regolamento, un foro in quello Stato in cui è più facile e breve la procedura che consente il divorzio, per poi chiedere il riconoscimento della decisione ivi pronunciata in un altro Stato che prevede una procedura più lunga.

Un altro rilievo critico che la dottrina ha mosso al regolamento (Ce) n. 1347/2000 ed applicabile al regolamento (Ce) n. 2201/2003 riguarda il persistente forte ruolo del collegamento alla cittadinanza di cui all'art. 1 del regolamento che comporterebbe una violazione dell'art. 12 TUE.

La cittadinanza viene presa in considerazione da una parte quale criterio da qualificare per determinare il foro dell'attore ex art. 1, c. 1, lett. *a.*, 6° trattino, dall'altra quale *forum patriae* ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. *b.* Ciò solleva la questione della misura in cui queste disposizioni siano conciliabili con il divieto di discriminazione di cui all'art. 12 TUE. L'art. 1, c. 1, lett. *a.*, 6° trattino del regolamento favorisce quel coniuge che, dopo il fallimento del matrimonio, ha trasferito la propria residenza abituale in patria, in quanto lo stesso, già dopo sei mesi, può qui proporre istanza di divorzio. Discriminato è al contrario il coniuge il quale, dopo il fallimento del matrimonio, è obbligato - per esempio per motivi di lavoro - a fissare la propria residenza abituale in uno Stato membro diverso dal suo Stato d'origine⁴⁰.

Per quanto riguarda le disposizioni in materia di responsabilità genitoriale va sottolineato che il regolamento (Ce) n. 2201/2003 costituisce un importan-

³⁸ V. UCCELLA, *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo*, cit. supra, nota 1, p. 341.

³⁹ Come osserva PICONE «tale regolamento (1347/2000, *n.d.a.*) ha avuto certo il merito di rompere un "tabù" (quello secondo cui il diritto di famiglia non interesserebbe l'integrazione europea) ma si segnala negativamente per il suo tecnicismo esasperato, la grave incentivazione del "*forum shopping*" e l'accoglimento di un *favor divortii* a vantaggio sostanzialmente solo di coloro che hanno i mezzi per radicare i processi dove meglio desiderano»: V. PICONE, *Modalità di designazione della legge applicabile nel diritto internazionale privato della famiglia*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, Jovene, 2003, p. 675 ss., in part. p. 695.

⁴⁰ Su tale problema vedi BONOMI, *Il Regolamento comunitario sulla competenza*, cit. supra, nota 5, p. 310 e HAUSMANN, *Il nuovo diritto internazionale processuale*, cit. supra, nota 5, p. 353.

te passo in avanti verso la realizzazione della prima fase del programma di reciproco riconoscimento il cui obiettivo è la soppressione dell'*exequatur* nella Comunità⁴¹. Esso estende il meccanismo del precedente regolamento Bruxelles II a tutte le decisioni sulla potestà genitoriale e introduce specifiche norme in materia di sottrazione di minori dirette a ostacolare tale fenomeno all'interno dell'Unione Europea avvalendosi della cooperazione delle autorità centrali designate da ogni Stato membro. Tali autorità dovranno favorire lo scambio di informazioni sulle rispettive legislazioni e procedure nazionali, adottare misure per reperire e restituire il minore, fornire assistenza in occasione di un'istanza di riconoscimento e di esecuzione di una decisione, favorire la soluzione delle controversie fra i titolari della responsabilità genitoriale tramite mezzi alternativi quali la mediazione⁴².

Le modifiche apportate al regolamento (Ce) n. 1347/2000 in tema di responsabilità genitoriale, come viene più volte sottolineato e ribadito nelle varie disposizioni, sono state concepite e formulate sempre tenendo conto dell'interesse superiore dei minori nel rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴³.

Anna Di Lieto*

⁴¹ Il testo del programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale è pubblicato in *Guce* n. C 12 del 2001, p. 1 ss.

⁴² Al n. 25 dei *considerando* si dice espressamente che «è necessario che le autorità centrali si avvalgano della possibilità di partecipare alla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, istituita con decisione n. 2001/470/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale».

⁴³ «1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

* Ricercatrice confermata presso l'Università di Napoli «Federico II».

DOCUMENTAZIONE

POLIZZE *UNITED LINKED*: UNA NUOVA REGOLAMENTAZIONE PER I CONTRATTI DI ASSICURAZIONE

Circolare ISVAP n. 474 /D del 21 febbraio 2002*

(Omissis)

Oggetto: contratti di cui all'art. 30, comma 1, del dlgs 17 marzo 1995 n. 174: disciplina dei prodotti assicurativi collegati a fondi interni o ad OICR.

La crescente operatività del mercato assicurativo in polizze *unit linked* ed i recenti sviluppi della normativa fiscale, volti ad incentivare la previdenza complementare attuata anche attraverso forme individuali di assicurazione sulla vita, rendono necessario dettare nuove disposizioni concernenti i contratti di assicurazione di cui all'art. 30, comma 1, del dlgs 17 marzo 1995 n. 174, le cui prestazioni sono collegate al valore delle quote di OICR oppure al valore di attivi contenuti in un fondo interno detenuto dall'impresa di assicurazione.

Le disposizioni che seguono sono articolate in tre sezioni:

Sezione 1: Tipologie di contratto e relativa disciplina;

Sezione 2: Informativa precontrattuale e contrattuale;

Sezione 3: Attivi a copertura delle riserve tecniche.

Sezione 1: Tipologie di contratto e relativa disciplina

1. Tipologie contrattuali e classificazione dei fondi interni

Le polizze che prevedono prestazioni di tipo *unit linked* sono distinte nelle seguenti due tipologie di contratto, in funzione delle diverse esigenze assicurative e previdenziali a cui sono indirizzate:

* Il testo integrale della circolare è reperibile sul sito internet www.isvap.it. In argomento v. *infra*, p. 147 ss., il commento di *FABIO AMBROSIANI*.

- Polizze di tipo previdenziale;
- Polizze di tipo non previdenziale.

Rientrano nella prima tipologia i contratti sulla vita stipulati in attuazione delle forme pensionistiche individuali di cui all'art. 9 *ter* del dlgs 124/93; detti contratti devono rispettare, oltre alle presenti disposizioni, anche quelle già impartite con le circolari ISVAP n. 434/D del 12 febbraio 2001 e n. 445/D del 1° giugno 2001. Sono comprese nella seconda tipologia le altre polizze assicurative che prevedono prestazioni di tipo *unit linked*.

Le categorie di attivi che possono essere inserite nei fondi interni, indicate nella sezione 3 della presente circolare, sono diverse a seconda che la prestazione contrattuale sia o meno di tipo previdenziale. È comunque possibile collegare le prestazioni di entrambe le tipologie di contratto ad un medesimo fondo interno, qualora quest'ultimo soddisfi contemporaneamente le disposizioni previste per le due tipologie.

Le due tipologie di polizze sopra indicate possono inoltre prevedere prestazioni collegate ad uno o più OICR, nel rispetto delle disposizioni di cui al successivo par. 4.

Le imprese dovranno evidenziare in modo chiaro ed univoco, anche con apposite sezioni specifiche, le prestazioni previste in polizza, al fine di rendere immediatamente manifesta ai contraenti la differenza tra i prodotti di tipo previdenziale e quelli non previdenziali.

I fondi interni si possono distinguere nelle seguenti fattispecie:

- fondi con garanzia di prestazione minima: vi rientrano i fondi interni a cui sono collegate polizze che prevedono una garanzia finanziaria di rendimento o di conservazione del capitale investito;

- fondi senza garanzia di prestazione minima: vi rientrano gli altri fondi interni non riconducibili alla precedente tipologia, ivi compresi i fondi collegati a contratti che, pur offrendo una garanzia minima in caso di morte, riconoscono all'assicurato a scadenza o per riscatto una prestazione correlata al valore delle quote acquisite.

(Omissis)

Sezione 3: Attivi a copertura delle riserve tecniche

1. Investimenti idonei

Gli attivi a copertura delle riserve tecniche di ciascun fondo interno o comparto devono essere allocati e gestiti in modo coerente con gli obiettivi di investimento del fondo esplicitati nel regolamento e con un adeguato livello di diversificazione.

Le imprese assicurative che costituiscono fondi interni collegati a prestazioni di polizze di tipo non previdenziale possono inserire nel fondo, o nel comparto, le seguenti categorie di attività:

1. *strumenti finanziari*, emessi o garantiti da Stati appartenenti alla zona A, ai sensi della direttiva 89/647/Cee, da enti locali o da enti pubblici di Stati membri o da organizzazioni internazionali cui aderiscono uno o più dei predetti Stati, ovvero da soggetti residenti nei predetti Stati membri, che facciano riferimento alle seguenti tipologie:

- a. titoli di Stato;
 - b. titoli obbligazionari o altri titoli assimilabili, che prevedano a scadenza almeno il rimborso del valore nominale;
 - c. titoli azionari;
 - d. strumenti finanziari derivati collegati a strumenti finanziari idonei, nei limiti definiti ai paragrafi 2 e 3 della presente sezione;
 - e. titoli strutturati e altri strumenti ibridi, che rispettino le disposizioni della presente circolare. Gli stessi devono prevedere a scadenza almeno il rimborso del valore nominale prescindendo da indicizzazioni o collegamenti della prestazione complessiva.
2. *fondi d'investimento mobiliari*, diversi dai fondi riservati e dai fondi speculativi, con le seguenti caratteristiche:
 - a. OICR armonizzati, ai sensi della direttiva 85/611/Cee;
 - b. OICR nazionali, non armonizzati ai sensi della direttiva 85/611/Cee, emessi nel rispetto del d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (Testo Unico dell'intermediazione finanziaria) e delle relative disposizioni di attuazione emanate dalle competenti autorità e commercializzati nel territorio nazionale;
 - c. OICR esteri, non armonizzati ai sensi della direttiva 85/611/Cee, che abbiano ottenuto l'autorizzazione ad essere commercializzati nel territorio nazionale secondo quanto previsto all'art. 42 del Testo Unico dell'intermediazione finanziaria;
 - d. fondi chiusi mobiliari, situati in Stati della zona A, nei limiti definiti al par. 2 della presente sezione;
 3. *strumenti monetari*, emessi o garantiti da soggetti residenti in Stati della zona A o da organizzazioni internazionali cui aderiscono uno o più dei predetti Stati, che facciano riferimento alle seguenti tipologie ed abbiano una scadenza non superiore a sei mesi:
 - a. depositi bancari in conto corrente;
 - b. certificati di deposito e altri strumenti del mercato monetario;
 - c. operazioni di pronti contro termine, con l'obbligo di riacquisto e di deposito di titoli presso una banca;
 4. *crediti*, verso l'erario per crediti d'imposta maturati, qualora riconosciuti agli assicurati;
 5. *altri attivi*, diversi da quelli indicati ai punti precedenti, previa autorizzazione dell'Istituto. Tali attivi dovranno essere, tra l'altro, coerenti con gli obiettivi, le caratteristiche e le previsioni dei flussi di cassa del fondo o comparto.

I fondi di investimento relativi a contratti con prestazioni direttamente collegate al valore delle quote di OICR, dovranno rientrare nell'ambito delle tipologie di attivo di cui al punto 2, lett. *a.*, *b.* e *c.* del presente paragrafo.

Gli investimenti aventi ad oggetto strumenti finanziari non quotati saranno oggetto di particolare attenzione da parte dell'impresa di assicurazione che ne valuterà i profili di rischio in termini di redditività, sicurezza, liquidabilità e durata finanziaria. Tali profili dovranno risultare compatibili con le linee di investimento del fondo interno assicurativo e, per quanto concerne la liquidabilità, con i flussi di cassa previsti.

Le categorie degli strumenti finanziari sopra descritte e le controparti delle operazioni effettuate su attivi del fondo devono avere un elevato *standing*. Per gli strumenti finanziari derivati e per i titoli strutturati si rimanda a quanto disposto nel successivo par. 3. Gli altri strumenti finanziari e le controparti delle operazioni, ove sia

determinabile una posizione netta positiva, devono avere un *rating* attribuito da almeno una primaria agenzia, a condizione che nessun'altra abbia attribuito una valutazione inferiore, almeno pari a "BB" o equivalente. Per quanto riguarda tali strumenti finanziari, il requisito di *rating* minimo potrà essere soddisfatto, in alternativa, con riferimento al soggetto emittente o garante.

Sono consentiti investimenti in attivi con *rating* inferiore a "BB" ovvero "*not rated*", nei limiti del 5% del valore corrente del fondo, o comparto. Sono esclusi da tale limite i titoli "*not rated*" emessi da soggetti sottoposti a vigilanza prudenziale ai fini di stabilità su base individuale ed i titoli azionari.

Per quanto riguarda le parti di OICR, il profilo di rischio del credito corrispondente non deve essere superiore a quello previsto per i citati strumenti finanziari. In particolare, può essere utilizzato come elemento di valutazione del profilo di rischio del credito la composizione degli attivi del fondo, anche in termini di investimento prevalente risultante dal regolamento dell'OICR. Le parti di OICR che non soddisfano tale condizione devono essere ricomprese nell'aliquota del 5% sopra indicata.

Le imprese che intendono costituire fondi interni collegati a prestazioni di polizze di tipo previdenziale possono inserire, oltre alle categorie di investimento sopra illustrate, le seguenti ulteriori attività:

- a. mutui e prestiti garantiti;
- b. fondi chiusi immobiliari;
- c. partecipazioni di controllo in società immobiliari;

sono fatte salve le disposizioni relative allo Stato di residenza dell'emittente ed ai criteri di gestione degli investimenti.

2. Limiti alla gestione degli investimenti

Nella gestione del fondo interno non è consentito:

- vendere allo scoperto strumenti finanziari;
- investire risorse in strumenti finanziari rappresentativi di merci o che ne costituiscono il riferimento sottostante;
- assumere posizioni debitorie nette di qualsiasi natura. È tuttavia consentito detenere temporaneamente esposizioni passive tramite strumenti monetari per valori non superiori al 3% del valore corrente della massa gestita.

Non potranno essere assegnati al fondo interno assicurativo collegato a polizze di tipo non previdenziale strumenti finanziari non quotati in misura superiore al 10% del totale delle attività assegnate al fondo. Tale limite può essere elevato al 25% per i fondi interni collegati a polizze di tipo previdenziale. Al riguardo le tipologie di attivi previste per i soli fondi collegati a polizze di tipo previdenziale sono considerate, ai soli fini del calcolo del limite di cui sopra, attivi non quotati. Sono inoltre considerati come non quotati anche i fondi chiusi, se le relative quote non sono effettivamente negoziate in un mercato regolamentato. Non rientrano nei citati limiti, gli strumenti finanziari detenuti per la replicazione della garanzia finanziaria, aventi comunque scadenza e requisiti compatibili con tale necessità, nonché i titoli, non quotati in mercati regolamentati ovvero la cui quotazione non esprima un prezzo di negoziazione attendibile, per i quali sia stato stipulato con una controparte di elevato *standing* un contratto che ne preveda la cessione a valore corrente.

Al riguardo, al fini del calcolo del limite massimo di titoli non quotati, le imprese adotteranno le opportune deliberazioni per individuare, secondo precise tempistiche e modalità attuative, gli strumenti finanziari detenuti la cui quotazione non esprima un prezzo di negoziazione attendibile a causa della ridotta frequenza degli scambi o irrilevanza dei volumi trattati. In ogni caso, si considerano non quotati gli strumenti finanziari detenuti per valori superiori al 20% dell'emissione.

Gli strumenti monetari di cui al precedente par. 1 non possono superare il 20% del valore complessivo del fondo o comparto. Tale limite non si applica nei fondi o comparti specializzati in tale tipologia di attivo. È ammesso il superamento del citato limite per brevi periodi oppure in relazione a particolari situazioni di mercato o connesse alla operatività del fondo.

L'investimento in strumenti finanziari o monetari di uno stesso emittente non può essere effettuato per un valore superiore al 10% del totale delle attività assegnate al fondo, con esclusione dei titoli di debito emessi o garantiti da Stati membri dell'Unione Europea ovvero emessi da enti soprannazionali cui aderiscono uno o più Stati Membri. Sono inoltre esclusi i titoli di debito emessi da altri Stati della zona A ai quali sia stato attribuito un *rating* pari a "AAA" o equivalente, secondo la scala di classificazione relativa ad investimenti a medio lungo termine, da almeno una primaria agenzia di valutazione del merito di credito, a condizione che nessun'altra abbia attribuito una valutazione inferiore. Il limite percentuale di cui sopra può essere superato, relativamente all'investimento in uno strumento finanziario idoneo per la replicazione della garanzia finanziaria, per un valore comunque non superiore alla corrispondente riserva matematica per la prestazione minima. Gli investimenti complessivi in strumenti finanziari di più emittenti legati tra loro da relazioni di controllo non possono eccedere il limite del 30% del totale delle attività del fondo.

Gli attivi contenuti nei fondi chiusi, negli strumenti ibridi, quali ad esempio le *asset backed notes*, o negli eventuali altri attivi autorizzati dall'Istituto, devono essere computati assieme agli strumenti monetari o finanziari al fine della determinazione del limite per emittente.

Nel caso in cui la gestione del patrimonio del fondo interno sia affidata a soggetti terzi, l'impresa dovrà adottare adeguate procedure di controllo interno finalizzate alla verifica del rispetto dei criteri di investimento e di esposizione al rischio previsti dal regolamento del fondo.

3. Strumenti finanziari derivati

L'investimento in strumenti finanziari derivati è ammesso nel rispetto dei presupposti, delle finalità e delle condizioni per il loro utilizzo previsti dal provvedimento ISVAP n. 297/96, così come modificato dal provvedimento n. 981G/98, a condizione che tale investimento non alteri i profili di rischio e le caratteristiche del fondo interno esplicitati nel regolamento.

Le presenti disposizioni si applicano anche all'investimento di risorse relative al fondo interno in strumenti finanziari derivati facenti parte integrante di titoli strutturati.

Quanto previsto all'art. 4, comma 3, del provvedimento ISVAP n. 297/96, in ordine al possesso di attivi idonei e sufficienti per soddisfare gli impegni nascenti dagli strumenti finanziari derivati detenuti, dovrà essere rispettato per ogni fondo interno detenuto dall'impresa assicurativa.

4. *Replicazione della garanzia di minimo*

Qualora l'impresa intenda costituire fondi interni nei quali venga offerta una garanzia di prestazione minima, provvedendo in modo diretto alla sua copertura attraverso una gestione dinamica degli attivi, deve essere trasmessa all'Istituto, entro 60 giorni dalla commercializzazione del prodotto collegato al fondo, una nota che descriva il tipo di modello interno che l'impresa intende adottare, al fine di replicare la garanzia prestata, con l'indicazione delle ipotesi e dei parametri posti a base del modello stesso. È tuttavia facoltà dell'impresa sottoporre preventivamente all'Istituto tale modello.

Nel caso in cui la copertura della suddetta garanzia sia attuata ricorrendo all'acquisto di strumenti finanziari idonei a garantire la prestazione prevista in polizza, il rischio di prestazione deve risultare coperto e il rischio di liquidità deve essere effettivamente limitato dalle caratteristiche dello strumento finanziario ovvero da specifici accordi con l'emittente dello strumento finanziario. Per quanto riguarda il rischio di credito, lo strumento finanziario deve rispettare le disposizioni impartite da questo Istituto con il provvedimento 981/G del 16 settembre 1998.

5. *Separazione delle attività riferibili ai singoli fondi interni o OICR esterni*

Nel caso in cui l'impresa assicurativa detenga uno o più fondi interni, o parti di OICR esterni, le attività riferibili ad ognuno di essi costituiscono un patrimonio distinto sia sotto il profilo contabile sia ai fini dell'inserimento degli stessi nel registro degli attivi destinati a copertura delle riserve tecniche. Le prestazioni della compagnia in relazione ai contratti afferenti al singolo fondo, o OICR, dovranno essere effettuate ricorrendo agli attivi relativi al fondo o all'OICR; altri attivi potranno essere utilizzati solo in casi eccezionali.

Al riguardo, rientrano in tale previsione i casi in cui a fronte di maggiorazioni del capitale previste per il caso di morte o per altre garanzie accessorie, ovvero di garanzie di minimo offerte direttamente dall'impresa, la società non detenga quote sufficienti per l'erogazione della prestazione complessiva dovuta in base alle condizioni contrattuali.

6. *Segnalazioni trimestrali di vigilanza*

Con la circolare n. 358/D del 15 gennaio 1999 questo Istituto ha indicato le modalità per la trasmissione informatica dei dati relativi alle attività destinate a copertura delle riserve tecniche, ivi compresi, nell'allegato 8, i codici delle tipologie di attivi collegati a polizze *unit linked* ed *index linked*.

Tenuto conto delle tipologie di attività indicate nel par. 1, della presente sezione, si rende necessario integrare i suddetti codici. Pertanto, a partire dalla comunicazione trimestrale relativa al 31 marzo 2002, le imprese dovranno effettuare la trasmissione dei dati relativi alle tipologie di attività in parola secondo le informazioni riportate nell'allegato 3, che sostituisce il citato allegato 8 della circolare 358/99.

La presente circolare entra in vigore il trentesimo giorno successivo alla sua emanazione.

I contratti di nuova emissione collegati a fondi interni preesistenti devono con-

formarsi alle disposizioni della presente circolare entro il 31 luglio 2002. Qualora tale adeguamento non risulti compatibile con le condizioni contrattuali nel loro complesso e con gli attivi esistenti nei fondi interni, le imprese dovranno comunicare tale situazione all'Istituto entro il 15 aprile 2002 al fine di consentire l'adozione di specifiche disposizioni.

Con riferimento al portafoglio in essere alla data di entrata in vigore della presente circolare, le imprese dovranno uniformarsi agli obblighi di informativa in corso di contratto, di cui alla Sezione 2, in occasione della prima comunicazione periodica successiva al 31 luglio 2002.

La circolare n. 317 del 15 gennaio 1998 è abrogata.

(Omissis)

ALLEGATI

(Omissis)

LE POLIZZE UNIT LINKED TRA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI E ABUSO DI DIRITTO COMUNITARIO

Sommario: 1. *Il mercato unico dei prodotti assicurativi* - 2. *Prerogative "regolamentari" di ISVAP* - 3. *Un caso concreto: la Circolare ISVAP 2002 n. 474/D sulle polizze unit linked* - 4. *Libera circolazione di servizi* - 5. *Eccezione dettata dall'interesse generale* - 6. *Circolare ISVAP 2002 n. 474/D: rilevanza meramente interna?* - 7. *Polizze unit linked offerte in libera prestazione di servizi e interesse generale* - 8. *Conseguenze della (accertata) incompatibilità* - 9. *Abuso di diritto comunitario.*

1. Il mercato unico dei prodotti assicurativi

L'emanazione delle direttive di «terza generazione» aventi ad oggetto le assicurazioni nei rami vita¹ e danni² ha contribuito a realizzare il mercato unico delle assicurazioni private, inteso come «delimitazione di un'area commerciale comune caratterizzata dall'assenza di frontiere interne e regolata da sistemi autorizzatori e di controlli nazionali considerati tra loro equivalenti»³.

¹ Direttiva n. 92/96 del Consiglio Ce del 10 novembre 1992, in *Guce* n. L 360 del 9 dicembre 1992, p. 1 ss., recepita nell'ordinamento italiano con il dlgo 17 marzo 1995, n. 174, in *Guri* n. 114 del 18 maggio 1995, *suppl. ord.*

² Direttiva n. 92/49 del Consiglio Ce del 18 giugno 1992, in *Guce* n. L 228 dell'11 ottobre 1992, p. 1, recepita nell'ordinamento italiano con il dlgo n. 175 del 17 marzo 1995, in *Guri* n. 114 del 18 maggio 1995, *suppl. ord.*

³ Così V. AFFERNI, *I servizi assicurativi*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, vol. XXVI, t. I, Torino, Giappichelli, 2000, p. 421 ss. A proposito del sistema introdotto con le direttive dette di «terza generazione», si vedano, tra i tanti, R. CAPOTOSTI, *La disciplina definitiva delle assicurazioni private sulla vita*, in *Assicurazioni*, 1992, I, p. 259 ss.; ID., *Le linee di definizione di un unico Mercato Europeo delle assicurazioni sulla vita*, in *Assicurazioni*, 1996, II, 1, p. 42; G. PARTESOTTI - M. RICOLFI (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Padova, Cedam, 2002; A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, sesta ed., Milano, Giuffrè, 2002.

In virtù di dette direttive, l'ordinamento comunitario ha introdotto una serie di disposizioni destinate ad applicarsi alle imprese assicurative sia in sede di loro costituzione o stabilimento in altri Stati (cosiddette condizioni di accesso), sia in sede di esercizio della attività in tutto il territorio comunitario (cosiddette condizioni di esercizio).

Nella redazione delle citate direttive è stato necessario trovare un equilibrio tra l'esigenza di realizzare un mercato assicurativo che fosse realmente unico e quella di salvaguardare, ove possibile, le normative interne che, notevolmente diverse tra loro, miravano tutte a realizzare un obiettivo imprescindibile, quale la tutela del contraente debole. Il meccanismo che ne è conseguito non è legato tanto ad una completa uniformità normativa, quanto, da una parte, ad una armonizzazione minimale e, dall'altra, in via prevalente, al principio del «mutuo riconoscimento», che impone reciproca fiducia in tema di condizioni richieste da ciascuno Stato per lo svolgimento di attività produttive⁴.

In tale ottica, il legislatore comunitario ha imposto, con riferimento al mercato delle assicurazioni, condizioni minime, essenziali per tutelare le esigenze di protezione sociale, affidandosi per il resto a meccanismi di autorizzazioni uniche e di vigilanza finanziaria esclusiva sull'impresa di assicurazione da parte dello Stato membro in cui questa ha la propria sede sociale. L'autorizzazione rilasciata da uno Stato membro ad un'impresa di assicurazione abilita quest'ultima a svolgere l'attività non solo sul proprio territorio nazionale ma anche in altri Stati membri, sia in regime di stabilimento, vale a dire aprendo agenzie o succursali⁵, sia in regime di libera prestazione di servizi, fermo restando il dovere di vigilanza spettante sempre alle autorità del

⁴ In tal senso, V. AFFERNI, *I servizi assicurativi*, cit. supra, nota 3, p. 429. I meccanismi del "mutuo riconoscimento" e della "reciproca fiducia", già enunciati con completezza nel "Libro Bianco" della Commissione del 1985, hanno ispirato largamente l'Atto unico europeo e hanno trovato man mano attuazione in molti settori del mercato comunitario. A proposito del meccanismo di armonizzazione fondato sui citati principi, anche alla luce delle evoluzioni giurisprudenziali oltre che normative, si veda G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, Cedam, 2002.

⁵ Come è noto, con riferimento alle persone giuridiche, si è usi parlare solo di diritto di stabilimento secondario, che si sostanzia nel diritto di una società ad aprire in uno Stato membro filiali, succursali o agenzie, senza perdere lo stabilimento nel proprio Paese d'origine, mentre non viene ancora riconosciuto un diritto di stabilimento primario. In tale secondo caso, la persona giuridica avrebbe diritto di trasferire la propria sede sociale da uno Stato membro ad un altro, mantenendo inalterata la propria personalità giuridica. Pur se un vero e proprio riconoscimento del diritto di stabilimento primario per società non è ancora stato riconosciuto dalla Corte, segnali indicatori di una possibile evoluzione nel senso di un pieno riconoscimento di tale diritto sono rilevabili in alcuni casi recenti: si vedano in particolare la sentenza Corte di giustizia del 5 novembre 2002 in causa n. C-208/00, *Überseering c. NCC*, in *Raccolta* 2002, I, p. 9919 e, più di recente, le conclusioni dell'Avvocato Generale S. Alber del 30 gennaio 2003 in causa n. C-167/01, *Inspire Art. Ltd c. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam*, nonché la sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-167/01, *Inspire Art Ltd c. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam*, entrambe in www.curia.eu.int.

Paese in cui l'impresa ha la propria sede sociale (cosiddetto principio dell'*home country control*).

L'armonizzazione "minima" introdotta dalle direttive di terza generazione non ha quindi la pretesa di delineare un vero e proprio diritto materiale uniforme, disciplinante tutti gli aspetti del mercato assicurativo: il principio del mutuo riconoscimento⁶ rappresenta una sorta di compromesso che, lasciando alcune aree non armonizzate, permette agli Stati membri di intervenire in tali aree da un lato, con proprie norme più restrittive⁷ e dall'altro, come si vedrà in seguito, con eccezioni dettate sulla base del cosiddetto principio dell'*interesse generale*. Tale tecnica è stata mutuata dalla evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di circolazione delle merci e ha trovato applicazione anche a proposito della armonizzazione del mercato bancario⁸.

La nuova direttiva n. 2002/83/Ce in tema di assicurazione sulla vita⁹, che rappresenta principalmente, come rilevato dal Comitato economico e sociale nel proprio parere in merito ad essa¹⁰, il tentativo di procedere ad una codificazione ufficiale della normativa comunitaria, ormai complessa e intrecciata, in tema di assicurazioni sulla vita, ha introdotto un nuovo regime "armonizzato" di solvibilità delle imprese di assicurazione sulla vita, pur conservando il mutuo riconoscimento quale principio di regolazione fondamentale del mercato unico di tali assicurazioni.

2. Prerogative "regolamentari" di ISVAP

L'armonizzazione "minima" di cui alle direttive in materia di assicurazione sulla vita, ed il conseguente operare delle tecniche di mutuo riconoscimento, comportano la necessità che gli Stati membri intervengano per provvedere

⁶ La scelta di fondare il sistema del mercato assicurativo sul principio del mutuo riconoscimento è stata confermata dal legislatore comunitario anche nella nuova direttiva in materia di assicurazione sulla vita, che costituisce il provvedimento di coordinamento della normativa comunitaria in tale settore. Si tratta della direttiva n. 2002/83/Ce del 5 novembre 2002, in *Guce* n. L 345 del 19 dicembre 2002, p. 1, che si è già proposto di denominare "quarta direttiva" in materia assicurativa: si veda R. CAPOTOSTI, *La nuova direttiva (quarta?) relativa alle assicurazioni sulla vita*, in *Assicurazioni*, 2003, II, p. 27 ss.

⁷ La direttiva n. 2002/83/Ce, *loc. cit.*, al ventottesimo *considerando*, p. 3 stabilisce che «Talune disposizioni della presente direttiva definiscono norme minime. Lo Stato membro di origine può imporre norme più restrittive nei confronti delle imprese di assicurazione autorizzate dalle proprie autorità competenti».

⁸ Si vedano A. TIZZANO, *La «seconda direttiva banche» ed il mercato unico dei servizi finanziari*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 423 ss., a proposito della cosiddetta seconda direttiva in tema di mercato del credito e, più in generale, in tema di principio di mutuo riconoscimento e libera circolazione dei servizi, G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento*, *cit. supra*, nota 4, p. 32 ss.

⁹ Direttiva n. 2002/83/Ce, *loc. ult. cit.*

¹⁰ Parere del Comitato economico e sociale in merito alla «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'assicurazione sulla vita (rifusione)» (2001/C/123/04), in *Guce* n. C 123/24 del 25 aprile 2001, p. 24.

alla disciplina di aspetti tecnici del mercato assicurativo, in ambiti non oggetto di armonizzazione.

Le direttive in materia assicurativa attribuiscono, in linea generale, tale potere di intervento normativo agli organi legislativi degli Stati membri, riservando alle Autorità di vigilanza solo poteri di controllo in merito all'osservanza, nel caso concreto, da parte delle compagnie di assicurazione, nell'esercizio delle loro attività, delle norme fissate direttamente dalla direttiva o dal legislatore nazionale¹¹. Solo occasionalmente le direttive attribuiscono agli Stati membri la facoltà di delegare poteri di intervento normativo direttamente alle Autorità di vigilanza. Ad esempio, la direttiva n. 2002/83/Ce, in tema di piano di risanamento finanziario di compagnie di assicurazione «in difficoltà o in situazione irregolare» (art. 38) concede la possibilità agli Stati membri di attribuire alle Autorità di vigilanza il potere di determinare i margini di solvibilità, i valori degli elementi che compongono tali margini e i coefficienti di riduzione degli stessi¹².

Con riferimento al sistema italiano delle assicurazioni ramo vita, il legislatore ha deciso di delegare determinati poteri normativi, attribuiti dalle direttive agli Stati membri, direttamente all'ISVAP, Autorità di vigilanza italiana in materia assicurativa. Si pensi, ad esempio, alla facoltà attribuita ad ISVAP di prescrivere alle imprese l'obbligo di fornire ai contraenti informazioni supplementari rispetto a quelle già indicate negli allegati al dlgs 17 marzo 1995, n. 174, attuativo della terza direttiva vita.

È stato tuttavia rilevato¹³ che non sempre ISVAP ha adottato provvedimenti di natura prettamente "regolamentare" sulla base di una delega esplicita delle direttive o del legislatore nazionale. Ci si è riferiti, in particolare, al caso

¹¹ La direttiva n. 2002/83/Ce, *cit. supra*, nota 6, come già la precedente, ribadisce, nel suo venticovesimo *considerando*, che «le Autorità competenti degli Stati membri devono pertanto disporre dei mezzi di controllo necessari ad assicurare l'esercizio ordinato delle attività di impresa di assicurazione nell'insieme delle Comunità, svolte in regime sia di libero stabilimento, sia di libera prestazione dei servizi. In particolare, esse devono poter adottare appropriate misure di salvaguardia od imporre sanzioni volte a prevenire irregolarità ed infrazioni eventuali alle disposizioni in materia di controllo delle assicurazioni». Si ricordi inoltre che l'intero meccanismo dell'*home country control*, pilastro della armonizzazione comunitaria in materia assicurativa, è fondato proprio sulle prerogative delle Autorità dei singoli Stati membri sia in tema di rilascio della autorizzazione ad operare sia in tema di vigilanza del mercato. Inoltre, l'art. 13 della medesima direttiva specifica che i poteri e i mezzi debbono consentire alle autorità di raccogliere informazioni, richiedere documenti, procedere a controlli diretti, prendere nei confronti dell'impresa di assicurazione, dei dirigenti responsabili e delle persone che controllano l'impresa «tutte le misure appropriate e necessarie per garantire che le attività di impresa siano conformi alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che l'impresa deve osservare negli Stati membri».

¹² In un caso la nuova direttiva attribuisce poteri regolamentari direttamente alle Autorità di vigilanza nazionali: si tratta della determinazione del tasso di interesse per il calcolo delle riserve tecniche: art. 20, primo comma, lett. B. Evidentemente ISVAP, consapevole dell'importanza che il sistema di *Home country control* attribuisce alle Autorità di Vigilanza nazionali, ha talvolta interpretato in senso "estensivo" i propri poteri.

¹³ Si veda P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1999, p. 251 ss.

della Circolare del 19 luglio 1996 n. 297, Disposizioni in materia di utilizzo di strumenti finanziari derivati da parte delle imprese di assicurazione: in tale provvedimento non vengono solo definiti gli strumenti finanziari derivati ai quali si applichi la Circolare, ma sono anche descritti i presupposti della loro utilizzazione, le condizioni per l'utilizzo in relazione agli attivi a copertura delle riserve tecniche, nonché gli obblighi di informazione ad ISVAP da parte degli istituti assicurativi¹⁴. Va notato inoltre che le disposizioni legislative italiane non fanno alcun riferimento, a differenza di quanto avviene per altre Autorità, quali la CONSOB, ad un generico potere regolamentare, o comunque normativo, di ISVAP. Neppure il dpr 18 aprile 1994 n. 385¹⁵, in virtù del quale, in ragione di esigenze di semplificazione ed accelerazione dei procedimenti amministrativi, sono state trasferite ad ISVAP le competenze allora facenti capo al Ministero dell'industria, stabilisce alcunché in merito a potestà normative generali, ulteriori rispetto alle funzioni di vigilanza, che dovrebbero avere carattere puramente amministrativo¹⁶. Ciononostante, accade nella prassi che alcuni provvedimenti emanati da ISVAP abbiano portata generale, con chiaro apporto innovativo della disciplina di settore.

Il descritto fenomeno riferibile ad ISVAP è, a nostro avviso, assimilabile a quello verificatosi successivamente all'entrata in vigore del Testo Unico Bancario, in tema di mercati bancario e finanziario: anche il settore bancario è armonizzato da direttive comunitarie e si fonda ampiamente sul sistema del mutuo riconoscimento. L'Autorità di vigilanza di tale settore ha ampliato, nel corso degli ultimi anni, la propria attività normativa, attraverso interventi e provvedimenti che hanno integrato, precisato o interpretato le norme primarie e anche quelle regolamentari, pur senza derivare tali poteri da specifiche attribuzioni legislative¹⁷.

¹⁴ Si veda, a tale proposito, P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo*, cit. supra, nota 13, p. 256, nota 12, ove l'esempio della Circolare del 19 luglio 1996 n. 297.

¹⁵ Dpr 18 aprile 1994 n. 385, in *Guri* n. 141 del 18 giugno 1994, *suppl. ord.*, n. 94.

¹⁶ Per un commento a tale provvedimento, si veda M. BALDUZZI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi in materia di assicurazioni private e di interesse collettivo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 93 ss.. Con riferimento ai poteri dell'ISVAP al momento della sua costituzione, si vedano anche P. G. MARCHETTI, *Momenti societari e contenuti del controllo dell'ISVAP*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 417 ss. nonché G. MINERVINI, *Le istituzioni per la tutela del pubblico risparmio. L'ISVAP*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 760 ss.

¹⁷ Così M. CERA, *La regolazione dei soggetti finanziari nell'attività normativa delle autorità*, (a cura di M. CERA), Milano, Giuffrè, 2002, p. 1. Per una analisi della classificazione degli atti normativi emanati dalle Autorità creditizie, secondo quanto operato dalla dottrina, si veda S. VINCI, *Vigilanza regolamentare sulle banche e controlli a carattere «strutturale». Profili critici*, *ivi*, p. 27 ss. Si sottolinea inoltre che il dibattito in tema di potere normativo secondario da parte delle cosiddette Autorità indipendenti è diventato, negli ultimi anni, particolarmente acceso. Si vedano, a tale proposito, tra i tanti, F. CAVAZZUTI, *La riforma delle autorità indipendenti: appunti per un dibattito*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 564 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 515 ss.; M. RESCIGNO, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: un rapporto difficile*, in *Società*, 2000, p. 509 ss.; R. RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 146 ss.

3. Un caso concreto: la circolare ISVAP 2002 n. 474/D sulle polizze *unit linked*

In materia di polizze *unit linked*¹⁸, ISVAP, in applicazione proprio di quei poteri normativi sovente utilizzati nella prassi di tale Autorità, ha emanato una Circolare, la 21 febbraio 2002, n. 474/D¹⁹, volta a dettare «disposizioni concernenti i contratti di assicurazione di cui all'art. 30, comma 1, del dlgs n. 174/95, le cui prestazioni sono collegate al valore di quote di OICR oppure al valore di attivi contenuti in un fondo interno detenuto dall'impresa di assicurazione». I principi dettati da tale provvedimento regolano le tipologie, le informative contrattuali e precontrattuali nonché gli attivi a copertura di riserve tecniche delle polizze cosiddette *unit linked*. La parte della Circolare che qui interessa concerne l'ultimo aspetto citato, vale a dire gli attivi a copertura delle riserve tecniche.

La Circolare disciplina nel dettaglio quali possano essere le categorie di attività che le imprese di assicurazione sono legittimate ad inserire nel fondo interno collegato a prestazioni di polizze di tipo non previdenziale²⁰ e quali

¹⁸ Per una ricostruzione sistematica delle polizze *unit linked* si vedano AA. VV., *Le polizze Index e Unit linked in Italia, Quaderni ISVAP*, n. 5, Roma, 1999; AA. VV., *Temi di diritto assicurativo – Rassegna dei contributi di studio del servizio legale nel 2001, Quaderni ISVAP*, Roma, 2002, n. 13, par. 6; G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit linked e Index linked*, in *Assicurazioni*, 2000, I, p. 233 ss.; M. ROSSETTI, *Polizze "linked" e tutela dell'assicurato*, in *Assicurazioni*, 2002, I, p. 223. Sul tema più generale dei prodotti assicurativi aventi le caratteristiche di strumenti finanziari veri e propri, si vedano anche F. GALGANO, *Il "prodotto misto" assicurativo finanziario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 91 ss. e M. BIN, *Il "prodotto misto" assicurativo-finanziario*, in *Assicurazioni*, 1988, I, p. 351 ss. Senza pretesa di analizzare in questa sede la complessa natura delle polizze cosiddette *unit linked* (ed in particolare di sindacare la correttezza della qualificazione di tali polizze come contratti di assicurazione sulla vita veri e propri o come strumenti finanziari), si ricorda che così vengono definiti i contratti di assicurazione a norma dei quali il *quantum* dovuto dalla compagnia all'assicurato non è determinato al momento della conclusione del contratto, ma è determinabile sulla base dell'andamento di un "valore di riferimento" suscettibile di variazioni tra il momento della stipulazione del contratto e quello in cui la compagnia deve corrispondere l'indennizzo. Nelle polizze *unit linked* la prestazione dell'assicuratore è collegata all'andamento di un fondo di investimento che può essere sia interno, quando esso è costituito dall'assicuratore stesso, sia esterno, quando il fondo è gestito da altre società. Sono invece definite *index linked* le polizze a norma delle quali la prestazione dell'assicuratore è agganciata alle variazioni di un indice azionario o di un paniere di indici azionari. A tal proposito, si veda M. ROSSETTI, *Polizze "linked"*, *loc. cit.*, specialmente p. 225. In tema, così ISVAP (in AA. VV., *Le polizze Index e Unit linked in Italia, loc. cit.* p. 8): «Le polizze «linked» costituiscono prodotti assicurativi con rischio di investimento a carico dell'assicurato, realizzandosi sempre, pur se con variabile entità, un trasferimento in capo all'assicurato dei rischi connessi al risultato finanziario della polizza. In questo tipo di prodotti, conseguentemente, agli aspetti normalmente associati alle coperture assicurative sulla vita si aggiungono aspetti tipici dei servizi di investimento».

¹⁹ La Circolare è reperibile sul sito Internet dell'ISVAP, www.isvap.it.

²⁰ In particolare, le categorie di attività ammesse per i fondi interni, come indicato nella Sezione 3 della Circolare sono soltanto *a.* strumenti finanziari che facciano riferimento a titoli di Stato, titoli obbligazionari, che rispettino determinate condizioni, titoli azionari, strumenti finanziari derivati collegati a strumenti finanziari idonei, titoli strutturati e altri strumenti ibridi, che rispettino le disposizioni indicate nella Circolare; *b.* fondi di investimento mobiliari, *diversi dai fondi riservati e dai fondi speculativi*, che comunque rispettino i requisiti disposti nella Circolare; *c.* determinati strumenti monetari; *d.* crediti verso l'erario per crediti di imposta maturati, se riconosciuti agli assicurati; *e.* altri attivi diversi da quelli indicati nei punti precedenti, *previa autorizzazione dell'I-*

caratteristiche debba rivestire il fondo di investimento esterno, cui la polizza è collegata. Tra i principi dettati dalla Circolare in questione, riteniamo particolarmente rilevante l'espresso divieto di collegare polizze *unit linked* a determinate tipologie di fondi, in particolare, per quanto qui interessa, ai fondi "speculativi"²¹. Ciò a prescindere dal fatto che la polizza sia collegata a fondi interni o a fondi esterni²².

Si noti che l'art. 23 della direttiva n. 92/96 (di terza generazione), così come l'art. 25 della direttiva n. 2002/83, in tema di contratti collegati a OICVM o a un indice azionario, non impongono tale limitazione, ma affermano solo il principio generale secondo il quale, qualora le compagnie concludano contratti, le cui conseguenti obbligazioni siano legate al valore di determinati attivi, sono obbligate ad utilizzare, a copertura delle riserve tecniche rappresentative di tali obbligazioni, beni identici, o il più possibile analoghi a quelli dal cui valore dipendono le loro obbligazioni. Neppure il legislatore italiano ha formulato, con l'art. 30 del dlgo n. 174/95²³ alcuna categorizzazione di fondi cui ancorare le obbligazioni di determinate polizze, ammetten-

stituto, comunque coerenti con gli obiettivi, le caratteristiche e le previsioni dei flussi di cassa del fondo o comparto. La Circolare si occupa anche di dettare le caratteristiche che debbono ricoprire le attività dei fondi esterni cui la polizza si aggancia. In particolare, «I fondi di investimento relativi a contratti con prestazioni direttamente collegate al valore delle quote di OICR dovranno rientrare nell'ambito delle tipologie di attivo di cui al punto 2, lettere *a*, *b* e *c*. del presente paragrafo» (corrispondenti ai fondi di investimento mobiliari, diversi dai fondi riservati e dai fondi speculativi, rispondenti comunque alle particolari caratteristiche indicate nella Circolare.

²¹ I fondi speculativi, secondo quanto previsto dal decreto del Ministero del Tesoro del 24 maggio 1999 n. 228, possono essere istituiti e gestiti esclusivamente da SGR e sono caratterizzati da uno schema strutturale fondato principalmente su regole negoziali, dal momento che il citato decreto del Ministero del Tesoro, così come il successivo provvedimento della Banca d'Italia del 20 settembre 1999, dettano poche norme e per di più di carattere generale. La SGR infatti ha la facoltà di scegliere sia l'oggetto dell'investimento del patrimonio del fondo speculativo sia le modalità di partecipazione del fondo allo stesso. Per quanto non siano *in toto* equiparabili ai fondi *hedge* di matrice anglosassone, dal momento che non possono effettuare operazioni di vendita allo scoperto, i limiti imposti dai provvedimenti interni ricalcano in parte il modello classico di *hedge fund*: numero di partecipanti non superiori alle cento unità, sottoscrizione minima iniziale non inferiore a un milione di euro, divieto di sollecitazione all'investimento delle quote del fondo, obbligo di menzionare nel regolamento del fondo la rischiosità dell'investimento e la circostanza che esso avviene in deroga ai divieti ed alle norme prudenziali di contenimento e di frazionamento del rischio fissate dalla Banca d'Italia. Sui fondi speculativi, si veda P. PIA, *Hedge funds: fondi di copertura o fondi speculativi?*, Torino, Giappichelli, 2002, specialmente p. 52 e 53. Con riferimento ai fondi speculativi, si veda F. ANNUNZIATA, *Gestione collettiva del risparmio e nuove tipologie di fondi comuni di investimento*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 350 ss.; R. D'APICE, *Il fondo speculativo: il quadro normativo di riferimento*, in *La disciplina delle gestioni patrimoniali, Quaderni di documentazione e ricerca*, Assogestioni, n. 23, 2000, p. 307; BANCA D'ITALIA, *L'innovazione negli strumenti finanziari di gestione collettiva del risparmio*, in *Bollettino economico*, n. 36, marzo 2001, p. 82 e 83.

²² Ciò è vero almeno oltre il limite del 5% del valore corrente del fondo o comparto. Sotto tale limite, come indicato nella Circolare, p. 18, pare possibile collegare l'andamento della polizza anche a fondi speculativi.

²³ Per un commento all'art. 30 del dlgo del 17 marzo 1995 n. 174 si veda N. CHIARANDA, in G. PARTESOTTI - M. RICOLFI (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita*, cit. *supra*, nota 3, p. 291 ss.

done alcuni e vietandone altri; il testo di tale articolato riprende infatti fedelmente quanto previsto dalla direttiva.

ISVAP ha deciso di intervenire, mediante la Circolare in questione, anche sfruttando una potestà normativa dubbia, per tutelare gli assicurati, "consumatori finali"²⁴ delle polizze *unit linked*, imponendo un'interpretazione estensiva dell'art. 30 del dlgo n. 174/95, e quindi delle direttive in tema di assicurazioni sulla vita. Ciò, in quanto tali polizze hanno una natura particolare, a mezza via tra polizze assicurative e veri e propri prodotti finanziari. Operano un trasferimento del rischio connesso al risultato finanziario in capo all'assicurato; si consideri inoltre che i fondi speculativi (magari *hedge fund* di diritto straniero) fanno ampio uso del cosiddetto *leverage* finanziario, particolarmente rischioso per i sottoscrittori delle polizze²⁵.

4. Libera circolazione di servizi

Nel quadro del mercato unico, risulta molto frequente, e anche auspicabile, che determinati prodotti assicurativi, pur essendo stati concepiti da un'impresa di assicurazione per uno specifico Stato membro, siano commercializzati anche in altri Stati membri. Anzi, l'applicazione delle libertà comunitarie nel mercato assicurativo, ed in particolare della libertà di circolazione dei servizi, tende proprio a salvaguardare l'interesse dei consumatori ad avere accesso alla più ampia gamma possibile di prodotti assicurativi. Sia sufficiente

²⁴ In tema di tutela del consumatore nella sottoscrizione di polizze assicurative si veda il recente contributo di A. ANTONUCCI, *La tutela dell'investitore in prodotti assicurativi*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2002, II, p. 522 ss.; con riferimento invece alle posizioni delle istituzioni comunitarie a proposito della tutela del consumatore di prodotti finanziari, si veda G. ALPA, *L'armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, *ivi*, 2002, II, p. 391 ss.

²⁵ ISVAP, affermando di non poter «abdicare il proprio ruolo precipuo di tutela degli assicurati che – nel caso di specie – si sostanzia nell'imposizione di regole volte a garantire la sana e corretta gestione delle polizze *de quibus*», ha così giustificato il proprio intervento normativo, in AA. VV. *Quaderni ISVAP - Temi di diritto assicurativo - Rassegna dei contributi di studio del servizio legale nel 2001*, n. 13, 2002, par. 6: «L'unico vincolo riconosciuto per la gestione degli attivi delle polizze in esame sarà che gli investimenti rappresentino con la massima approssimazione possibile l'entità di riferimento del contratto. Ne deriva che, in virtù della suesposta *ratio*, non sarebbe possibile disattendere l'interpretazione letterale dell'art. 30, commi 3 e 5, dlgo n. 174/95, il quale dispone espressamente l'inapplicabilità dei principi generali di sicurezza, redditività e liquidità nella gestione delle attività, di diversificazione e di dispersione degli attivi stessi, nonché delle regole sulle quote massime e quelle sulla congruenza previste per le attività a copertura delle riserve tecniche di tipo tradizionale. Tuttavia, pur nella consapevolezza delle peculiarità che caratterizzano le polizze in esame, si sottolinea che, oltre al profilo di carattere strettamente finanziario, esse devono conservare un'imprescindibile funzione assicurativa, per lo più rappresentata dalla cd. componente demografica, indicativa di un rischio che permane a carico della compagnia di assicurazione. D'altra parte, è la permanenza della componente assicurativa che giustifica la distribuzione di tali prodotti attraverso il canale assicurativo e, conseguentemente, la vigilanza da parte dell'ISVAP. In questa prospettiva, si ritiene di dover fornire un'interpretazione non strettamente letterale delle disposizioni in esame».

rilevare che il quarantaseiesimo *considerando* della direttiva n. 2002/83/Ce²⁶, riprendendo quanto già espresso dalla direttiva di terza generazione, afferma che «è nell'interesse del contraente aver accesso alla più ampia gamma possibile di prodotti assicurativi offerti nella Comunità, al fine di poter scegliere tra essi il più adeguato alle sue esigenze»²⁷.

Con specifico riferimento al caso delle polizze *unit linked*, si rileva che il citato provvedimento ISVAP si presenta come norma di portata generale, applicabile indistintamente, riguardo ad aspetti non ancora armonizzati dal diritto comunitario. Il provvedimento, infatti, non riserva esplicitamente il proprio ambito di applicabilità alle sole compagnie nazionali (o stabilite sul territorio): anzi, a tal proposito nulla viene specificato. Ne consegue che, a nostro avviso, l'applicabilità dei principi dettati dall'ISVAP non si limita a compagnie di diritto interno (o stabilite in Italia) ma ad ogni compagnia che dovesse offrire i prodotti, oggetto della Circolare, in Italia; conferma di ciò può essere ravvisata nel fatto che l'obiettivo del provvedimento in esame non è soltanto la tutela del patrimonio delle compagnie assicurative, ma anche la protezione del consumatore (italiano) nei confronti di prodotti assicurativi eccessivamente rischiosi.

Qualora anche si propendesse per una applicabilità della Circolare limitata alle sole compagnie italiane, o comunque stabilite in Italia (e non dunque anche a compagnie operanti in Italia in regime di libera circolazione di servizi), il provvedimento nazionale avrebbe comunque impatti rilevanti sotto il profilo del diritto comunitario, visto che i divieti in esso previsti potrebbero determinare un effetto "dissuasivo" alla libera circolazione dei servizi e/o dei capitali all'interno dell'Unione europea²⁸.

Imprese di assicurazione comunitarie, stante l'esistenza del divieto di collegamento di polizze assicurative sulla vita all'andamento di fondi speculativi, potrebbero infatti decidere di non commercializzare i propri prodotti in Italia, neppure in regime di libera circolazione di servizi. L'impresa comunitaria non stabilita, qualora dovesse decidere di commercializzare in Italia una polizza *unit linked* con le caratteristiche indicate, potrebbe (per quanto tale ipotesi sia estremamente remota ed in genere riservata a casi estremi) essere addirittura perseguita da ISVAP, anche mediante denuncia alla autorità di vigilanza del

²⁶ Direttiva n. 2002/83/Ce, *cit. supra*, nota 6, quarantaseiesimo *considerando*, p. 5.

²⁷ Il principio è affermato anche dalla Corte di giustizia. Si veda, ad esempio, sentenza del 5 marzo 2002 in causa n. C-386/00, *Axa Royale Belge SA c. Georges Ochoa, Stratégie Finance SPRL*, in *Raccolta*, I, 2209 in cui la Corte, al punto 14, riprende il *considerando* citato. La sentenza è massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 32.

²⁸ Sulla incompatibilità con il diritto comunitario di provvedimenti dissuasivi alle libertà comunitarie, si vedano le seguenti sentenze della Corte di giustizia: del 13 maggio 2003 in causa n. C-98/01, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 405 ss.; del 13 maggio 2003 in causa n. C-463/00, *Commissione c. Spagna*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 405 ss.; del 5 marzo 2002 in causa n. C-515/99, *Reisch c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2157.

Paese di stabilimento. Anche l'insorgere di un effetto dissuasivo determinerebbe dunque la necessità di sottoporre la norma ISVAP ad un giudizio di compatibilità della stessa con il diritto comunitario. La stessa Commissione, nella Comunicazione interpretativa in tema di assicurazioni n. 2000/C 43/03²⁹, ammonisce che, in mancanza di armonizzazione, va verificato che «talune disposizioni nazionali, con il pretesto della tutela del consumatore, non siano invece mantenute in vigore per limitare o impedire l'accesso di servizi di assicurazione diversi o sconosciuti sul territorio nazionale. (...) Se uno Stato membro potesse invocare la non conformità rispetto alla propria legislazione di un prodotto assicurativo commercializzato in un altro Stato membro per limitarne la commercializzazione sul proprio territorio, ostacolerebbe in tal modo la concorrenza tra imprese di assicurazione».

Date queste premesse, occorre verificare se il divieto imposto da ISVAP di collegare le polizze *unit linked* a fondi speculativi sia compatibile con la libertà di circolazione dei servizi nel mercato assicurativo comunitario.

In particolare, ci si chiede se la normativa introdotta dall'Autorità di vigilanza sia idonea a vietare (o anche solo ad ostacolare) l'offerta in Italia, in regime di libera prestazione di servizi, di polizze *unit linked* collegate a fondi speculativi (o comunque a fondi assimilabili per loro natura a fondi speculativi), da parte di imprese assicurative comunitarie, diverse da quelle italiane.

Il principio della libera circolazione di servizi³⁰, sancito dagli artt. 49 e seguenti del Trattato CE, riconosce ai cittadini degli Stati membri il diritto di prestare attività non salariate in uno Stato diverso da quello in cui sono stabiliti, «alle stesse condizioni imposte dal Paese stesso ai propri cittadini» (art. 50). Questo principio, detto di «parità di trattamento», è analogo a quello garantito ai cittadini comunitari in tema di diritto di stabilimento, in base al quale l'accesso di un cittadino comunitario alle attività non salariate secondo il regime previsto dall'art. 43 del Trattato, deve avvenire «alle condizioni stabilite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini».

La Corte di giustizia, oltre ad avere riconosciuto la diretta applicabilità degli articoli del Trattato relativi alla libera circolazione di servizi³¹, ha avuto

²⁹ Così Comunicazione interpretativa n. 2000/C 43/03, *Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni*, sez. II, par. 4, p. 26, in *Guce* n. C 43/5 del 16 febbraio 2000.

³⁰ In tema di libera circolazione di servizi, si vedano, tra i tanti, A. TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi nella CEE. Profili generali*, in A. TIZZANO (a cura di), *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, Cedam, 1985, p. 2; R. CAPOTOSTI, *Prestazione di servizi (diritto comunitario)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1991; M. CONDINANZI - B. NASCIMBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di dir. priv.*, vol. XXVI, t. I, Torino, Giappichelli, 2000, p. 283 ss.; L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, terza ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 103 ss.

³¹ Vedi sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1974 in causa n. 33/74, *Van Bisbergen c. Bestuur Van De Bedrijfsvereniging Voor De Metaalnijverheid*, in *Raccolta*, 1974, p. 1299, ove la Corte, con riguardo alle norme danesi che imponevano il requisito della residenza per il procurato-

modo di affermare che «lo Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi nel suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di ogni effetto utile le disposizioni destinate a garantire la libera prestazione di servizi»³². In virtù dunque della interpretazione della Corte di giustizia, la libertà di prestazione di servizi, dato il (necessario) minor vincolo di insediamento del prestatore del servizio con lo Stato ove questi esercita la propria attività, è configurata in modo più ampio di quanto avvenga per il diritto di stabilimento.

Se uno Stato membro può imporre ad un soggetto straniero (purché comunitario) stabilito in quello Stato membro determinate condizioni per l'esercizio di una attività salariata, ciò non vale se lo straniero presta la propria attività in regime di libera circolazione di servizi: in questo caso, anche misure indistintamente applicabili, come quelle espresse dalla citata Circolare ISVAP (e non solo quindi quelle che impongono differenze in base alla cittadinanza o alla residenza), possono essere idonee a far insorgere discriminazioni vietate dall'ordinamento comunitario. Infatti, la parità di trattamento in tema di libera circolazione di servizi non vieta solo le discriminazioni palesi, fondate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato³³.

5. Eccezione dettata dall'interesse generale

In base ad una costante giurisprudenza della Corte, normative nazionali esplicitamente discriminatorie sono compatibili con il diritto comunitario solo se possono rientrare in una delle deroghe espressamente contemplate dal Trattato³⁴, quali quelle fondate sull'art. 46, richiamato, con riferimento ai servizi,

re *ad litem*, ha stabilito che le norme relative alla libera prestazione dei servizi sono direttamente applicabili «almeno nella parte in cui impongono la soppressione di tutte le discriminazioni che colpiscono il prestatore di un servizio a causa della sua nazionalità o della sua residenza in uno Stato diverso da quello in cui il servizio viene prestato».

³² Così sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1991 in causa n. C-180/89, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 709. Si vedano anche a tale proposito le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro del 18 aprile 1991 in causa n. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4007, specialmente al punto 12, nonché sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991 in causa n. C-76/90, *Säger c. Dennemeyer*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4221.

³³ A tale proposito, si vedano le sentenze della Corte di giustizia: del 12 febbraio 1974 in causa n. 152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, in *Raccolta*, 1974, p. 153 e dell'8 maggio 1990 in causa n. C-175/88, *Biehl c. Administration des Contributions du Grand-Duke de Luxembourg*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1779, punto 13 nonché, più di recente, conclusioni dell'Avvocato Generale J. Mischo del 7 maggio 2002 in causa n. C-79/01, *Payroll Data Service c. ADP GSI SA*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8923, punto 16.

³⁴ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 26 aprile 1988 in causa n. 352/85, *Bond van Adverteerders c. Stato olandese*, in *Raccolta*, 1985, p. 2085, al punto 32; del 25 luglio 1991 in causa n. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de*

dall'art. 55, vale a dire ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

Qualora, invece, le misure imposte da uno Stato membro siano indistintamente applicabili (come è il caso, si è detto, della Circolare ISVAP di cui trattasi, che ai nostri fini si assume applicabile a tutte le polizze *unit linked* offerte sul mercato italiano, senza distinzione in rapporto alla nazionalità della impresa di assicurazioni che le commercializzi), eventuali restrizioni al principio generale della libera circolazione dei servizi, derivanti da misure interne, aventi un effetto anche solo dissuasivo, sono ammesse unicamente se esse siano strettamente necessarie alla tutela di un interesse generale³⁵ dello Stato membro che le abbia introdotte³⁶.

Il principio delle eccezioni di interesse generale alle libertà comunitarie trova le proprie origini, come noto, in materia di libera circolazione delle merci, ed in particolare nella sentenza *Cassis de Dijon*³⁷, ove la Corte ha elaborato per la prima volta la tecnica del mutuo riconoscimento, e dei limiti ad esso relativi. Tale tecnica è stata via via estesa dalla Corte a tutte le libertà comunitarie, ivi comprese quelle riguardanti la libera circolazione delle persone³⁸ e dei capitali³⁹, oltre che, come detto, dei servizi⁴⁰.

Media, cit. *supra*, nota 35 e del 16 dicembre 1992 in causa n. C-211/91, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 6757.

³⁵ In tema di libera circolazione di servizi, un primo accenno alla nozione di «norme giustificate dal pubblico interesse» è presente nella pronuncia *Van Bisbergen*, cit. *supra*, nota 31. La nozione viene poi approfondita dalla Corte di giustizia con le sentenze: del 18 gennaio 1979 in cause riunite n. 110 e n. 111/78, *Van Wesemael c. Ministère Public*, in *Raccolta*, 1979, p. 35; del 17 dicembre 1981 in causa n. C-279/80, *Webb c. Criminal Proceedings*, in *Raccolta*, 1981, p. 3305; si vedano poi le tre sentenze del 25 luglio 1991 in causa n. 288/89, *Mediawet c. Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e a.*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4007; del 27 luglio 1991 in causa n. C-353/89, *Commissione c. Olanda*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4059 e del 25 luglio 1991 in causa n. C-76/90, *Säger c. Dennemeyer*, cit. *supra*, nota 32, p. 4221, nelle quali la Corte incomincia a dare un contenuto più articolato alla nozione di interesse generale, tentando una classificazione delle esigenze degli Stati membri idonee a costituire legittime eccezioni per la libera circolazione dei servizi. In tal senso, particolarmente rilevante è la sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard c. Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165 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.

³⁶ In tema di interesse generale si veda V. HATZOPOULOS, *Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories ou pas de théorie du tout?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, p. 191 ss.

³⁷ Si tratta della sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Rewe Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Raccolta*, 1979, p. 649. Per un commento della sentenza, si vedano F. CAPELLI, *I malintesi derivanti dalla sentenza sul Cassis de Dijon*, in questa *Rivista*, 1982, p. 566 ss. nonché A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del Mercato Comune*, in questa *Rivista*, 1981, p. 273 ss.

³⁸ A proposito dei limiti posti dall'interesse generale in tema di libera circolazione dei lavoratori si vedano le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 26 febbraio 1991 in causa n. C-180/89, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 709; 20 maggio 1992 in causa n. C-106/91, *Ramrath c. Ministero della Giustizia*, in *Raccolta*, I, p. 3351; 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus c. Land Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663 e in questa *Rivista*, 1995, 87 con commento di E. ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, p. 91; 15

La Corte non ha mai fornito, nelle proprie sentenze, una definizione generale di interesse generale, ma si è limitata ad individuare casi concreti in cui l'interesse generale degli Stati membri fosse idoneo a costituire eccezione alle libertà comunitarie. Operando in tal modo, la Corte può valutare di volta in volta se un certo provvedimento nazionale sia o meno giustificato da un motivo imperioso di pubblico interesse⁴¹, idoneo a bloccare l'operatività delle libertà comunitarie. Per procedere a tale analisi, la Corte ha elaborato un vero e proprio *test*⁴² cui sottoporre la normativa nazionale, al fine di accertare la sussistenza di un interesse generale di uno Stato membro. In particolare, la normativa nazionale deve soddisfare rigorose condizioni per essere legittimamente opposta alle libertà comunitarie: deve riguardare un settore non armonizzato, deve essere non discriminatoria, obiettivamente necessaria e proporzionata all'obiettivo⁴³. Con specifico riferimento alla libera circolazione dei servizi, inoltre, la Corte ha affermato anche il principio cosiddetto di equivalenza: occorre cioè verificare anche se l'interesse generale in questione «non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito»⁴⁴.

dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Union Royale de Belge des Sociétés de Football Association ASBL e a. c. Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921 e in questa *Rivista*, 1996, p. 311 con commento di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323.

³⁹ A proposito dei limiti posti dall'interesse generale in tema di libera circolazione di capitali si veda, di recente, la sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2002 in causa n. C-515/99, *Reisch c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, *cit. supra*, nota 28.

⁴⁰ Ancorché siano state sollevate perplessità con riferimento alla piena assimilazione dei fenomeni di libera circolazione di merci e di servizi, dal momento che - nel caso dei servizi - il "prodotto" non circola da solo ma con l'insieme delle relazioni giuridiche ad esso sottostanti e da esso non isolabili, tali riserve non sembrano fondate dal momento che la libera circolazione dei servizi, come affermata dalla Corte, ha una portata molto ampia che si impone in modo immediato e assoluto come si impone quella relativa al settore delle merci: così, si veda A. TIZZANO, *La «seconda direttiva banche» e il mercato unico dei servizi finanziari*, *cit. supra*, nota 8, c. 431.

⁴¹ A tale proposito, si vedano, di recente, le sentenze della Corte di giustizia: 18 gennaio 2001 in causa n. C-361/98, *Commissione c. Italia*, in *Foro it.*, 2002, IV, 437 ss., con nota di I. PAOLA; 22 gennaio 2002 causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital SL c. Administración General del Estado*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607; 21 marzo 2002 in causa n. C-451/99, *Cura Anlagen GmbH c. Auto Service Leasing GmbH*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3193; 17 ottobre 2002, *Payroll Data Service Srl*, causa n. C-79/01, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8923; 21 novembre 2002 in causa n. C-436/00, *Riksskatteverket c. X e Y*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10829; conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 11 febbraio 2003 in causa n. C-6/01, *Anomar c. Stato Portoghese*, in www.curia.eu.int.

⁴² Così lo definisce anche L. DANIELE, *Il diritto materiale*, *cit. supra*, nota 30, p. 110.

⁴³ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gehard*, *cit. supra*, nota 35, in cui la Corte ha statuito che «(...) i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei al conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo», punto 37.

⁴⁴ Così la sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1996 in causa n. C-3/95, *Reisebüro Broede c. Gerd Sandker*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6511, punto 28. A proposito del principio di equivalenza in tema di libera circolazione dei servizi, si veda G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento*, *cit. supra*, nota 4, p. 198.

Si tenga infine presente che le condizioni sopra indicate debbono essere applicate, seguendo la giurisprudenza della Corte, cumulativamente, con la conseguenza che la disposizione nazionale restrittiva di una libertà comunitaria, per essere compatibile, deve soddisfare tutte le citate condizioni. Inoltre, per evitare abusi degli Stati membri, la nozione di interesse generale deve essere interpretata restrittivamente, senza possibilità di interpretazioni analogiche o estensive, rispetto a quanto affermato dalla Corte di giustizia⁴⁵.

6. Circolare ISVAP 2002 n. 474/D: rilevanza meramente interna?

Tornando alla normativa in questione, qualora un operatore straniero intenda offrire in Italia, in regime di libera prestazione di servizi, polizze *unit linked* collegate a fondi di investimento non ammessi dalla Circolare ISVAP 474/D, è necessario valutare se la citata norma costituisca ostacolo alla libertà comunitaria e, in caso affermativo, se e come la limitazione possa essere giustificata, ai sensi della teoria dell'interesse generale.

Innanzitutto, occorre rimuovere il dubbio se i principi indicati da ISVAP, pur se contenuti in una norma indistintamente applicabile, abbiano o meno rilevanza meramente interna. A tale proposito, si ricorda che la Corte, nella sua giurisprudenza in tema di libera circolazione delle merci, ha circoscritto il principio del mutuo riconoscimento, statuendo che le «modalità di vendita» dei prodotti, a differenza delle norme tecniche, non sono idonee a costituire ostacolo diretto o indiretto agli scambi commerciali tra gli Stati membri⁴⁶. La Corte ha probabilmente sentito l'esigenza di porre un freno al-

⁴⁵ Sulla necessaria interpretazione restrittiva delle limitazioni alle libertà comunitarie, si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 9 marzo 2000 in causa n. C-355/98, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1221 e del 19 gennaio 1999 in causa n. C-348/96, *Calfa*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 11 e massima in questa *Rivista*, 1999, p. 73.

⁴⁶ Ci si riferisce alla sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 1993 in cause riunite n. C-267/91 e n. C-268/91, *Procedimento penale a carico di Keck e Mithouard*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6097 e in questa *Rivista*, 1994, p. 665, poi confermata, e per certi versi ampliata, da successive sentenze, tra le quali la sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1997 in causa n. C-368/95, *Vereinigte Familiapress c. Heinrich Bauer Verlag*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3689. Nella sentenza *Keck*, la Corte afferma che «non può costituire ostacolo diretto o indiretto, in atto o in potenza, agli scambi commerciali tra gli Stati membri ai sensi della giurisprudenza *Dassonville* (...), l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita, sempreché tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgono la loro attività sul territorio nazionale e sempreché incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico, quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri». Per un commento della giurisprudenza *Keck*, si vedano N. REICH, *The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, *CMLR*, 1994, p. 459 ss.; S. AMEDEO, *Novità in tema di divieto di misure di effetto equivalente*, in questa *Rivista*, 1994, p. 671 ss.; M. C. BARUFFI, *Il divieto di rivendita sottocosto e la nuova giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Keck e Mithouard*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 91 ss.; F. CAPELLI, *I malintesi provocati dalla "Cassis de Dijon", vent'anni dopo*, in questa *Rivista*, 1996, p. 673 ss.

l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento nel settore delle merci, statuendo che, con riferimento a determinate fattispecie, non è necessario valutare la sussistenza di ragioni di interesse generale, dal momento che quelle fattispecie riguardano questioni meramente interne agli Stati membri, ed in quanto tali senza rilievo per il diritto comunitario.

Invece, in tema di libera circolazione di servizi, la Corte, a differenza di quanto compiuto per la circolazione delle merci, non è ancora giunta ad elaborare criteri che permettano di distinguere i casi in cui si debbano applicare i principi della libera prestazione di servizi da quelli con una rilevanza meramente interna⁴⁷. La mancanza di tali criteri, nel caso di normative interne idonee a limitare la libera circolazione dei servizi, conduce ad una faticosa, e a volte incerta, ricostruzione, caso per caso, del ricorrere delle esigenze di interesse generale, anche a discapito della certezza degli operatori⁴⁸.

Ne consegue che, a difesa della legittimità della disciplina contenuta nella Circolare ISVAP 474/D, lo Stato italiano non potrebbe addurre la sua rilevanza meramente interna, in quanto avente ad oggetto mere "modalità di vendita": il divieto espresso relativo alla commercializzazione di polizze *unit linked* collegate a fondi speculativi non può essere considerato, alla stregua della giurisprudenza *Keck*, una "modalità di vendita", ed in quanto tale, indifferente rispetto al diritto comunitario.

Inoltre, ai fini della valutazione della idoneità di tale norma a costituire eccezione alla libertà di circolazione dei servizi, a nulla vale indagare se una normativa analoga sia o meno presente in altri Stati membri: nella sentenza *Läära*⁴⁹, pur avente ad oggetto tematiche diverse, la Corte ha affermato che «il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un sistema di protezione differente da quello adottato da un altro Stato membro non può rilevare ai fini della valutazione della compatibilità di tali misure con il Trattato». In altri termini, anche la circostanza per cui Stati membri diversi dall'Italia, quale, ad esempio, l'Irlanda, ammettano la commercializzazione di polizze *unit linked*

⁴⁷ In tal senso si veda L. DANIELE, *Il diritto materiale*, cit. supra, nota 30, specialmente p. 111.

⁴⁸ Proprio questi motivi di incertezza hanno indotto la Commissione ad elaborare, in materia di assicurazioni, la Comunicazione interpretativa, la n. 2000/C 43/03, *Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni*, cit. supra, nota 29, che fornisce agli operatori alcune linee guida, nel tentativo di ovviare alle difficoltà che gli stessi hanno incontrato. Nel preambolo, la Commissione, dopo aver osservato il permanere di incertezze tra gli operatori con riferimento alla interpretazione e alla applicazione dei concetti di libera prestazione di servizi e interesse generale, espressamente statuisce che «le imprese di assicurazione si trovano di fronte ad una grande mancanza di chiarezza, e quindi ad un'incertezza del diritto, per quanto riguarda sia il regime applicabile alla loro attività nei vari Stati membri, sia il contenuto dei prodotti che intendono offrire. Tali divergenze nuocciono gravemente alla piena efficacia dei meccanismi istituiti dalle terze direttive e sono quindi tali da dissuadere talune imprese di assicurazione dal valersi delle libertà instaurate dal Trattato, di cui le terze direttive devono appunto agevolare l'esercizio, e ostacolano pertanto la libera circolazione dei servizi di assicurazione nell'Unione».

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1999 in causa n. C-124/97, *Läära e a. c. Stato finlandese e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6067, punto 36.

collegate a fondi speculativi, non può essere considerato argomento risolutivo nella verifica della compatibilità della normativa italiana con il diritto comunitario.

7. Polizze *unit linked* offerte in regime di libera prestazione di servizi e interesse generale

Dal momento che si esclude che la Circolare ISVAP in oggetto costituisca disciplina meramente interna, essa, imponendo agli operatori divieti alla commercializzazione di determinati prodotti, è idonea a costituire ostacolo alla libera circolazione dei servizi tra i Paesi membri della Comunità. Per valutarne, dunque, la compatibilità con il Trattato, sulla base della giurisprudenza della Corte, è necessario accertare che le disposizioni in essa contenute siano espressione di motivi imperiosi di interesse generale dello Stato e, al contempo, che siano rispettose dei requisiti individuati negli anni dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte. Anche per agevolare indagini di tal tipo, la Commissione ha elaborato una Comunicazione interpretativa⁵⁰ nella quale ha formulato, pur nel contesto di un provvedimento non vincolante, criteri per l'identificazione e l'applicazione della eccezione di interesse generale (nazionale) alla libera circolazione dei prodotti assicurativi⁵¹.

Per stabilire se la Circolare ISVAP in oggetto sia portatrice di interessi generali idonei ad impedire la piena operatività della libera circolazione di servizi, occorre sottoporre i principi nella stessa contenuti al *test* di compatibilità con il diritto comunitario. In primo luogo, è necessario identificare l'interesse nazionale protetto dalla normativa interna e valutare se la sua tutela sia stata indicata dalla Corte come idonea a costituire eccezione per la libera circolazione dei servizi⁵². Si è detto che la Circolare in oggetto è principal-

⁵⁰ Si tratta della Comunicazione interpretativa n. 2000/C 43/03 intitolata *Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni*, cit. supra, nota 29. A proposito della Comunicazione, si vedano R. CAPOTOSTI, *Stabilimento, prestazione di servizi e interesse generale secondo la comunicazione interpretativa della Commissione europea*, in *Assicurazioni*, 2000, II, p. 51 ss. e G. SACERDOTI, *L'evoluzione del quadro comunitario: la distribuzione dei prodotti assicurativo finanziari*, in G. SACERDOTI (a cura di), *Assicurazione e prodotti finanziari*, Atti del Convegno in Milano, 12 novembre 1999, Milano, Giuffrè, 2000, p. 73 ss.

⁵¹ Si tenga anche presente che l'art. 33 della Direttiva di quarta generazione sulla assicurazione vita, statuisce che «lo Stato membro in cui il rischio è situato non può impedire al contraente di sottoscrivere un contratto concluso con un'impresa di assicurazione autorizzata alle condizioni di cui all'art. 4, a condizione che il contratto non sia in contrasto con le disposizioni legali d'interesse generale in vigore nello Stato membro dell'impegno».

⁵² La Corte ha identificato, fino ad ora, una serie di settori che possono rientrare nell'interesse generale: le regole professionali dirette a tutelare il destinatario dei servizi (sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 1979 in cause riunite n. 110 e n. 111/78, *Van Wesemael c. Ministère Public*, cit. supra, nota 35), la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale (sentenze della Corte di giustizia del 17 dicembre 1981 in causa n. C-279/80, *Webb c. Criminal Proceedings*, cit. supra, nota 35 e del 28 marzo 1996 in causa n. C-272/94, *Guiot c. Climatec*, in *Raccolta*, 1996, I,

mente volta a proteggere l'interesse del consumatore, viste le peculiari caratteristiche delle polizze *unit linked* e dell'effetto "leva" cui i fondi speculativi (e i fondi *hedge*) eventualmente ad esse collegati fanno uso. La Corte ha riconosciuto, fin dal 1986, che «l'attività assicurativa costituisce un settore particolarmente sensibile per la tutela del consumatore, in quanto contraente dell'assicurazione, quindi assicurato. Ciò risulta, in particolare, dallo specifico carattere della prestazione dell'assicuratore, legata ad eventi futuri per i quali è incerto, al momento della conclusione del contratto, se si verificheranno o, in ogni caso, quando si verificheranno»⁵³.

In secondo luogo, la normativa interna deve riguardare un settore non armonizzato; le direttive di armonizzazione codificano, infatti, il livello minimo dell'interesse generale comunitario con la conseguenza che quanto è definito nella normativa comunitaria non può più essere oggetto di interesse generale nazionale. I settori non armonizzati, invece, possono essere (legittimamente) oggetto di normative nazionali più o meno severe l'una rispetto all'altra, tanto che «il fatto che uno Stato membro imponga norme meno severe di quelle imposte da un altro Stato membro non significa che queste ultime non siano proporzionate e perciò incompatibili con il diritto comunitario»⁵⁴. A

1905), la tutela dei consumatori (sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 1986 in causa n. 205/84, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1986, p. 3755), la salvaguardia della buona reputazione del settore finanziario nazionale (sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995 in causa n. C-384/93, *Alpine Investments BV c. Ministero delle Finanze*, in *Raccolta*, 1995, I, 1141), la prevenzione delle frodi e l'ordine sociale (sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 1994 in causa n. C-275/92, *Schindler c. Her Majesty's Customs and Excise*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1039), la tutela della proprietà intellettuale (sentenza del 18 marzo 1980, *Coditel c. Cine Vog Films* in causa n. 62/79, in *Raccolta*, 1980, p. 881), la conservazione del patrimonio storico ed artistico nazionale (sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1991 in causa n. C-180/89, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 709), la politica culturale e la salvaguardia della diversità culturale nel settore audiovisivo (sentenze della Corte di giustizia del 25 luglio 1991 in causa n. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, *cit. supra*, nota 32; del 25 luglio 1991 in causa n. C-353/89, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4069 e del 3 febbraio 1993 in causa n. C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 487), la coerenza fiscale (sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1992 in causa n. C-204/90, *Bachmann c. Belgio*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 249), la sicurezza stradale (sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1994 in causa n. C-55/93, *Procedimento penale contro Johannes Gerrit*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4837), la tutela dei creditori (sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1996 in causa n. C-3/95, *Reisebüro Broede c. Gerd Sandker*, *cit. supra*, nota 44), la correttezza nelle transazioni commerciali (sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995 in causa n. C-384/93, *Alpine Investments BV c. Ministero delle Finanze*, *loc. cit.*), la tutela della corretta amministrazione della giustizia (sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 1993 in causa n. C-17/92, *Federación de Distribuidores Cinematográficos c. Stato spagnolo*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2239). L'elencazione non può essere considerata definitiva, dal momento che, come già chiarito, la Corte si è sempre rifiutata di dare una definizione di interesse generale, proprio per avere la possibilità di valutare meglio caso per caso.

⁵³ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 1986 in causa n. 205/84, *Commissione c. Germania*, *cit. supra*, nota n. 52, pubblicata anche in *Foro it.*, 1988, IV, c. 18 ss. con note di A. FRIGNANI, *Coassicurazione nella Cee* e di V. SCORDAMAGLIA, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi nel settore assicurativo*. A tale proposito si veda anche la più recente sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2002 in causa n. C-386/00, *Axa Royale Belge SA c. Georges Ochoa*, *Stratégie Finance SPRL.*, *cit. supra*, nota 27.

⁵⁴ Così sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995 in causa n. C-384/93, *Alpine Investments BV c. Ministero delle Finanze*, *cit. supra* nota 52, punto 51.

tale proposito, si ricorda che l'identificazione delle categorie di fondi cui collegare le polizze vita non risulta essere settore armonizzato dal diritto comunitario e dunque gli Stati membri sono liberi di dettarne la disciplina, fatti salvi gli scarni e generalissimi principi indicati nell'art. 25 della direttiva n. 2002/83.

Il *test* di compatibilità deve essere completato verificando che il provvedimento interno sia "obiettivamente necessario" allo scopo: deve essere accertato se, per quanto il provvedimento sia dichiaratamente volto a perseguire l'obiettivo della tutela del destinatario del servizio, esso in realtà non miri ad altri scopi, connessi con la protezione del mercato nazionale⁵⁵. Inoltre, per poter validamente costituire eccezione alla libera prestazione di servizi, il provvedimento nazionale deve essere anche "proporzionato all'obiettivo perseguito".

Il principio di proporzionalità, pur senza trovare un fondamento normativo diretto nel Trattato, è stato elaborato dalla Corte di giustizia e costituisce ormai un «principio generale dell'ordinamento giuridico comunitario»⁵⁶. Sulla base di tale principio, le autorità nazionali e comunitarie non possono imporre, con atti normativi o amministrativi, obblighi o restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore (dunque sproporzionata) rispetto a quella strettamente necessaria al pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, e debbono fare in modo che il provvedimento emanato sia adeguato all'obiettivo e necessario, nel senso che nessun altro strumento con la stessa efficacia, ma meno gravoso, sia disponibile⁵⁷.

Il principio di proporzionalità impone dunque che provvedimenti interni limitativi della libera prestazione di servizi, così come delle altre libertà comunitarie, possano essere considerati compatibili con il diritto comunitario solo se contenenti le minime limitazioni possibili per raggiungere gli obiettivi di interesse generale (nazionale) che i provvedimenti stessi mirano a tutelare.

Si è detto che la Circolare ISVAP oggetto della presente indagine è volta a tutelare i consumatori italiani, vale a dire interessi generali meritevoli di

⁵⁵ A tale proposito, si veda in particolare la sentenza della Corte di giustizia del 1° dicembre 1998 in causa n. C-410/96, *Procedimento penale contro Ambry*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7875 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 290.

⁵⁶ Così si esprime la stessa Corte nella sentenza del 19 novembre 1998 in causa n. C-150/94, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7235.

⁵⁷ Sul principio di proporzionalità, si vedano F. GALLETTA, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 89 ss.; C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 113 ss.; M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999; E. D'ALESSANDRO, *Principio di proporzionalità comunitaria e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2521 ss.; L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *osservazioni a Consiglio di Stato*, sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, in *Foro it.*, 2001, III, c. 71 ss.

tutela. Riteniamo però che gli strumenti adottati non siano rispettosi del requisito della proporzionalità, testé descritto. La scelta radicale operata dalla Circolare, infatti, fa sì che determinati prodotti assicurativi non possano essere commercializzati, in particolare, se collegati all'andamento di determinate tipologie di fondi. Ciò si rivela in contrasto con gli scopi delle direttive in materia di assicurazione sulla vita che proteggono «l'interesse del contraente ad avere accesso alla più ampia gamma possibile di prodotti assicurativi offerti nella Comunità al fine di poter scegliere tra essi il più adeguato alle sue esigenze»⁵⁸. Le direttive ammettono esplicitamente la salvaguardia di interessi nazionali, ma pur sempre nel rispetto del principio di proporzionalità all'obiettivo perseguito⁵⁹.

Si ritiene quindi che, nel nostro caso, lo strumento adottato per la tutela del consumatore non sia il meno invasivo disponibile, e dunque il più rispettoso del principio di proporzionalità. Il divieto infatti risulta eccessivo rispetto allo scopo che la norma si prefigge. Un provvedimento proporzionato imporrebbe, non il radicale divieto di commercializzazione, ma una adeguata (e volendo anche molto rigida) informativa in favore del consumatore, con riferimento alle polizze *unit linked*, particolarmente rischiose. Peraltro, ISVAP è dotata di ficcanti poteri in tema di "trasparenza" del contratto assicurativo⁶⁰: l'art. 109 del dlgo n. 174/1995 impone l'indicazione al cliente, da parte della compagnia, di una serie di informazioni da fornire prima della conclusione del contratto e nel corso della sua vigenza, in tema di premi, modalità di recesso, regime fiscale; lo stesso art. 109, nel terzo comma, introduce poi una clausola generale che qualifica il contenuto dell'informazione, che deve essere formulato «con chiarezza e precisione» e, nel quarto comma, attribuisce proprio ad ISVAP il potere di implementazione delle informazioni necessarie, qualora ciò risulti indispensabile alla piena comprensione degli elementi essenziali del contratto da parte del contraente⁶¹.

⁵⁸ Così il già citato quarantaseiesimo *considerando* della direttiva n. 2002/83/Ce, *cit. supra*, nota 6.

⁵⁹ Si veda il quarantaseiesimo *considerando* della direttiva n. 2002/83/Ce, *loc. cit.*

⁶⁰ Sul tema della "trasparenza" del contratto di assicurazione si veda A. ANTONUCCI, *La tutela dell'investitore*, *cit. supra*, nota 24.

⁶¹ Si noti che ISVAP fa uso del potere attribuito dall'art. 109 del dlgo n. 174/95 nella stessa Circolare 474/D oggetto della nostra analisi, ove, nella Sezione II, disciplina lo schema fisso di informative che le imprese assicurative debbono seguire a proposito di polizze *unit linked* (nella nota informativa, nelle avvertenze relative ai profili di rischio per il contribuente, nonché sui contenuti minimi del contratto).

8. Conseguenze della (accertata) incompatibilità

L'operatore economico comunitario, costretto ad affrontare provvedimenti interni dello Stato membro in cui intenda prestare i propri servizi in regime di libera circolazione che siano limitativi delle proprie prerogative comunitarie, ha diverse opzioni a propria disposizione.

Se non intende semplicemente adeguarsi alla disposizione pur incompatibile, può informare la Commissione con un esposto o una denuncia, per far avviare una indagine da parte della Commissione stessa sulla compatibilità di tale provvedimento con il diritto comunitario. Nel caso in cui la Commissione ravvisi profili di incompatibilità può aprire una procedura di infrazione nei confronti dello Stato autore del provvedimento incompatibile. Inoltre, l'operatore economico può decidere di far valere i propri argomenti, fondati sul diritto comunitario, davanti ad una giurisdizione o ad un'autorità nazionale, per ottenere l'accertamento dell'incompatibilità della norma che lo Stato membro intende opporre all'impresa. Il giudice nazionale, valutando l'efficacia delle argomentazioni delle parti accerterà l'incompatibilità o meno della norma, eventualmente chiedendo una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia ex art. 234 del Trattato CE.

In base a quanto già indicato, il provvedimento ISVAP in materia di polizze *unit linked* potrebbe essere considerato incompatibile non solo a seguito di una pronuncia interpretativa in tal senso da parte della Corte di giustizia, ma anche, direttamente, da un giudice nazionale.

Nulla quaestio se il giudice nazionale dovesse essere quello ordinario: il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare il diritto comunitario, garantendo al singolo la tutela che quel diritto gli attribuisce, disapplicando conseguentemente la norma interna configgente, sia essa anteriore o posteriore⁶². Maggiori problemi presenta invece l'ipotesi che il provvedimento in oggetto sia discusso innanzi ad un giudice amministrativo⁶³; per quanto la Circolare

⁶² Così costante giurisprudenza: innanzi tutto sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978 in causa n. C-106/77, *Simmenthal c. Amministrazione delle finanze*, in *Raccolta*, 1977, p. 629 ss., specialmente punto 24; si veda anche sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2000 in causa n. C-258/98, *Procedimento penale contro Carra*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4217, punto 16: «(...) secondo una giurisprudenza costante, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». In dottrina, si veda G. TESAURO, *Diritto comunitario*, II ed., Padova, Cedam, 2001, p. 157 ss.

⁶³ A proposito dell'accertamento della incompatibilità con il diritto comunitario di norme contenute in provvedimenti amministrativi e delle opzioni a disposizione del giudice amministrativo, si vedano G. COCCO, *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 447 ss. e A. GATTO, *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 1429 ss.

ISVAP abbia portata generale, e non individuale e concreta come normalmente hanno gli atti amministrativi, in virtù delle "anomalie" già discusse in precedenza, è necessario interrogarsi a proposito dei poteri spettanti al giudice amministrativo nazionale nei confronti di un provvedimento amministrativo censurato per un presunto contrasto con fondamenti comunitari, così come della sorte dell'atto nel caso in cui la difformità venga accertata.

Il giudice amministrativo, infatti, ha il potere di annullare il provvedimento impugnato, mentre la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi spetta, sulla base dell'ordinamento italiano, al giudice ordinario. Riteniamo tuttavia che la Corte di giustizia, sulla base di un suo recente indirizzo, nonostante il parere contrario di chi ha tentato di ridimensionarne la portata⁶⁴, imponga anche al giudice amministrativo la disapplicazione qualora il provvedimento sia contrario ai principi comunitari. La Corte ha applicato tale concetto addirittura anche al caso in cui il provvedimento amministrativo abbia portata individuale e concreta⁶⁵.

Si ricorda che il provvedimento ISVAP in oggetto ha portata generale ed astratta; dunque, a nostro avviso, anche un giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi su di esso dovrebbe disapplicarlo, se convinto della sua incompatibilità con i principi generali del diritto comunitario.

9. Abuso di diritto comunitario

Qualora si ritenesse che il provvedimento oggetto di indagine avesse efficacia meramente nazionale, e dunque lo stesso fosse applicabile solo ad imprese italiane o stabilite in Italia, senza avere alcun effetto "dissuasivo", ipotesi che non riteniamo corretta ma, in ogni caso, possibile, un aspetto di diritto comunitario diverso rispetto alla incompatibilità dovrebbe essere oggetto di indagine. Ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi, effettivamente esplorata da gruppi assicurativi italiani, di commercializzare comunque in Italia polizze *unit linked*, collegate a fondi speculativi (o a fondi *hedge*), vietate dalla Circo-

⁶⁴ E. M. BARBIERI, *Poteri dei giudici nazionali e situazioni giuridiche soggettive di diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 144 ss. e Id., *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 149 ss.

⁶⁵ Tali principi sono stati fissati nella sentenza Corte di giustizia del 29 aprile 1999 in causa n. C-224/97, *Ciola c. Land Vorarlberg*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2517, specialmente al punto 32. Tale sentenza segue, sul medesimo tema, le sentenze della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroek c. Belgio*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599 e del 15 settembre 1998 in causa n. C-231/96, *Edis c. Ministero delle Finanze*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4951 e anticipa, sul medesimo argomento, le sentenze della Corte di giustizia del 1° giugno 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss China Time LTD c. Benetton International*, in *Raccolta* 1999, I, p. 3055. Si veda anche, di recente, la sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2003 in causa n. C-327/00, *Santex c. USL 42 di Pavia*, in www.curia.eu.int nonché in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 857, e in *Foro it.*, 2003, IV, c. 474.

lare ISVAP 2002 n. 474/D, mediante compagnie controllate, stabilite (o magari anche solo costituite) in Paesi comunitari nei quali tali polizze siano legittime, quali l'Irlanda, ed operanti in Italia in regime di libera circolazione di servizi. Questo fenomeno potrebbe, entro certi limiti, integrare gli estremi del cosiddetto abuso di diritto comunitario.

Tale istituto, non codificato dal Trattato, presenta ancora profili incerti, dal momento che è stato identificato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in virtù delle sentenze in cui la stessa ha utilizzato i concetti di elusione, frode alla legge e, appunto, di abuso di diritto⁶⁶. Se, inizialmente, veniva ravvisata una certa difficoltà nell'enucleare una nozione unitaria di abuso che potesse valere in tutti gli ordinamenti dei diversi Stati membri, con la conseguenza che risultava difficile elaborare una categoria concettuale che tenesse conto dei particolarismi di ciascuno Stato membro⁶⁷, con la sentenza *Centros* la Corte ha esplicitamente affermato che «uno Stato membro ha diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario»⁶⁸.

Si ricordi tuttavia che la Corte ha subordinato la legittimità di tali misure protettive alla sussistenza, nel singolo caso, di concreti elementi indicativi di un abuso⁶⁹; la Corte ha infatti rifiutato, ritenendola insufficiente, la valutazio-

⁶⁶ Si vedano, in materia di libera prestazione di servizi, le sentenze della Corte di giustizia: 3 dicembre 1974 in causa n. C 33/74, *Van Binsbergen*, cit. supra, nota 31; 3 febbraio 1993 in causa n. causa C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, cit. supra, nota 52; 5 ottobre 1994 in causa n. C-23/93, *TV10 c. Commissariaat voor de Media*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4795 e massimata in questa *Rivista*, 1995, p. 334; in materia di libertà di stabilimento, le sentenze della Corte di giustizia: 7 febbraio 1979 in causa n. 115/78, *Knoors Secretary of State for Economic Affairs*, in *Raccolta*, 1979, p. 399; 3 ottobre 1990 in causa n. C-61/89, *Procedimento penale contro Bouchoucha*, in *Raccolta*, 1990, I, pp. 3551; 21 novembre 2002 in causa n. C-436/00, *X e Y c. Riksskatteverket*, in *Raccolta*, 1999, I, 8261; in materia di libera circolazione delle merci, la sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 1985 in causa n. 229/83, *Leclerc c. Thouars distribution*, in *Raccolta*, 1985, p. 1; in tema di libertà di circolazione dei lavoratori, sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1988 in causa n. 39/86, *Lair c. Universität Hannover*, in *Raccolta*, 1988, p. 3161; in materia di diritto societario, sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 1998 in causa n. C-367/96, *Kefalas c. Stato ellenico*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2843. Inoltre, nuovi spunti al dibattito in tema di abuso di diritto comunitario sono stati forniti dalla sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros c. Erhvervs*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1459 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 488. Sul tema si vedano in particolare, prima e dopo la sentenza *Centros*, C. NIZZO, *L'abuso dei "diritti comunitari": un quesito non risolto*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 761 ss., nonché 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., soprattutto p. 96 ss. Più di recente, si veda 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. 291 ss.

⁶⁷ Così C. NIZZO, *L'abuso dei "diritti comunitari": un quesito non risolto*, loc. cit. p. 773.

⁶⁸ Così sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros c. Erhvervs*, cit. supra, nota 66, punto 24.

⁶⁹ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia: 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros c. Erhvervs*, cit. supra, nota 66, punto 25; 5 novembre 2002 in causa n. C-208/00 *Übersseering c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, in *Raccolta*, 2002, I, 9919, punto

ne generale ed astratta basata su una disposizione legislativa. Conseguentemente, un cittadino di uno Stato membro (e, ovviamente, anche una società stabilita in un Paese comunitario) non può avvalersi delle libertà o di diritti sanciti dall'ordinamento comunitario esclusivamente al fine di sottrarsi a norme più severe stabilite dal proprio ordinamento di appartenenza, sempre che ciò sia dimostrabile nel caso concreto e non in virtù di una semplice norma generale ed astratta.

Tali affermazioni di principio hanno ricevuto i loro primi riconoscimenti normativi proprio nel settore delle assicurazioni, ed in particolare nella già citata direttiva n. 2002/83/Ce, in materia di assicurazioni sulla vita. Nel dodicesimo *considerando*, la direttiva statuisce che «i principi del mutuo riconoscimento e del controllo esercitato dallo Stato membro d'origine esigono che le autorità competenti di ogni Stato membro non concedano o revochino l'autorizzazione qualora elementi come il programma di attività, l'ubicazione o le attività effettivamente svolte indichino in modo evidente che l'impresa di assicurazione ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in altro Stato membro sul cui territorio intende svolgere o svolge la maggior parte delle proprie attività».

Così, ferma restando la generale applicabilità della Circolare ISVAP 2002 n. 474/D, qualora una compagnia di assicurazione di diritto irlandese, controllata da un gruppo assicurativo italiano, tentasse di commercializzare in Italia polizze *unit linked* collegate a fondi speculativi o *hedge*, vietate dall'ordinamento italiano, magari appoggiandosi, per la gestione amministrativa delle polizze, a strutture di società "sorelle" site in Italia, potrebbe essere accusata di "abusare" del diritto comunitario, ed in particolare della libertà di circolazione dei servizi.

Dal momento che la valutazione di abuso di diritto comunitario va fatta, secondo l'orientamento della Corte di giustizia, sulla base del caso concreto e non solo sulla base delle norme generali ed astratte, riteniamo che evidente sarebbe l'abuso, qualora la medesima compagnia di diritto irlandese fosse costituita unicamente con lo scopo di commercializzare in Italia le citate polizze, in libera prestazione di servizi, tentando di sottrarsi all'applicabilità della Circolare in esame.

Diverso sarebbe il caso in cui una compagnia straniera (magari proprio irlandese) decidesse di commercializzare polizze *unit linked* collegate a fondi *hedge* in più Paesi comunitari e non solo in Italia, soprattutto nel caso in cui tali polizze fossero vietate anche in tali Paesi. In tal caso, e fermo restando l'ostacolo dell'apparente generale applicabilità della Circolare ISVAP oggetto

92 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 758; conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-167/01, *Inspire Art c. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam*, punto 117 e relativa sentenza della Corte del 30 settembre 2003, punto 96, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

di analisi, lo stabilimento della compagnia in Irlanda non avrebbe, nel caso concreto, il solo scopo, elusivo, di avvalersi di una normativa più favorevole per aggirare divieti nazionali, ma rientrerebbe nelle strategie di *shopping* della legislazione più favorevole, ammesse dalla giurisprudenza *Centros* e *Inspire Art*, quali espressioni della libertà di stabilimento comunitaria delle società.

Fabio Ambrosiani*

* Avvocato in Milano.

OPPOSIZIONE ALLA REGISTRAZIONE DI MARCHI COMUNITARI CONTENENTI UN NOME GEOGRAFICO

Ricorso della Solo Italia Srl contro l'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno, proposto il 12 novembre 2003 (Causa n. T-373/03)*

Il 12 novembre 2003, la società Solo Italia, con sede in Ossoana, rappresentata dagli avvocati Alain Bensoussan, Marie-Emmanuelle Haas, Laurence Tellier-Loniewski, con domicilio eletto in Lussemburgo, ha proposto dinanzi al Tribunale di primo grado delle Comunità europee un ricorso contro Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno.

La ricorrente chiede che il Tribunale voglia:

- dichiarare il ricorso ricevibile e, quindi, annullare la decisione della seconda commissione di ricorso 10 settembre 2003, R 0208/2003-2, e dichiarare che spetterà all'Ufficio trarre le conseguenze dal dispositivo e dalla motivazione della pronunciata sentenza;
- statuire sulle spese e porre a carico della convenuta le proprie spese nonché tutte le spese della ricorrente.

Motivi e principali argomenti

Richiedente: Solo Italia S.r.l.

Marchio comunitario di cui si richiede la registrazione: Marchio denominativo «PARMITALIA» per taluni prodotti rientranti nella classe 29 (formaggi)

* In *Gu-Ue* n. C 21 del 24 gennaio 2004, p. 38. In argomento v. *infra*, p. 173 ss., la nota di *FAUSTO CAPELLI*.

| | |
|---|---|
| Titolare del diritto di marchio o del segno rivendicato in sede di opposizione: | Nuova Sala S.r.l. |
| Marchio o segno rivendicato in sede di opposizione: | Marchio figurativo comunitario «PARMITAL» per taluni prodotti rientranti nella classe 29 (formaggi grattugiati italiani) |
| Decisione della divisione d'opposizione: | Rigetto della domanda di registrazione |
| Decisione della commissione di ricorso: | Rigetto del ricorso per inosservanza del termine di ricorso |
| Motivi di ricorso: | <ul style="list-style-type: none">- violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto la notifica via fax non rispetterebbe la condizione di certezza delle notifiche nell'ambito di un procedimento;- in subordine, violazione delle regole 55, 61 e 65 del regolamento della Commissione n. 2868/95, nonché dell'art. 59 del regolamento n. 40/94. |

L'UTILIZZO INDEBITO DI UN NOME GEOGRAFICO

La Comunicazione sopra riportata dovrebbe far riflettere sulle conseguenze negative derivanti dall'utilizzo indebito di un nome geografico che il caso Parmalat ha drammaticamente messo in evidenza riproponendo un problema che molti avevano ignorato o trascurato.

Si tratta dell'inserimento di un nome geografico (nel caso di specie: del nome della città di Parma) all'interno di un marchio commerciale («Parmalat») il cui utilizzo viene riservato in esclusiva ad una singola impresa.

Ovviamente la scelta di un nome geografico viene effettuata dagli operatori in ragione della notorietà della zona geografica cui esso si riferisce, con l'intento di ricavare vantaggi economici dal prestigio di cui godono i prodotti che da tale zona provengono.

Ciò è avvenuto anche nel caso del marchio «Parmalat», con la conseguenza, però, a causa del disastro finanziario che ha colpito l'omonima azienda, di determinare effetti negativi anche sul nome della città e, per riflesso, sugli stessi suoi abitanti.

Il marchio «Parmalat», essendo stato registrato vari anni fa, è ormai consolidato e inattaccabile, ma oggi non sarebbe più possibile registrare un marchio siffatto a favore di un'impresa individuale né come marchio nazionale, né come marchio comunitario.

Come marchio nazionale il divieto deriva dalla direttiva comunitaria n. 89/104¹; come marchio comunitario il divieto deriva dal Regolamento n. 40/94² sul marchio comunitario la cui gestione è stata affidata all'apposito ufficio – UAMI – con sede in Alicante (Spagna).

I provvedimenti comunitari appena citati consentono però di utilizzare un nome geografico quando esso entra a far parte di un marchio collettivo.

Poiché stiamo parlando di Parma, è facile ricordare che i nomi «parmigiano reggiano» e «prosciutto di Parma» prima di diventare denominazioni di origine protetta (Dop), erano già stati registrati come marchi collettivi.

¹ *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1.

² *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1.

La differenza, quindi, tra marchio commerciale, riservato ad un'impresa singola (come Parmalat) e un marchio collettivo (prosciutto di Parma, parmigiano reggiano, etc.) può essere, quindi, così precisata.

Il marchio collettivo consente ad una pluralità di produttori, che si assoggettano ad un disciplinare di produzione, sotto la vigilanza del Consorzio di tutela e degli organismi ufficiali di controllo, di utilizzare un nome di prestigio che costituisce un bene immateriale pubblico (ad es. il nome Parma e i nomi derivati) per identificare i prodotti originari della zona di Parma. Tale marchio deve quindi poter essere utilizzato da tutti i produttori che operano nella zona indicata dal disciplinare di produzione e che ne osservano le prescrizioni. Al contrario, il marchio contenente il nome di una città, registrato a favore di un'impresa singola, consentirebbe a questa sola impresa di utilizzare il nome della città, che è patrimonio pubblico, per identificare e pubblicizzare in esclusiva i suoi propri prodotti (con anche i possibili aspetti negativi sopra segnalati).

Che, grazie al diritto comunitario, sia possibile impedire l'utilizzo di nomi geografici di indubbia notorietà, quando ne fosse chiesta la registrazione a favore di singole imprese, lo provano due casi recenti.

Il primo riguarda ancora il nome Parma, dimostrando così che il nome Parma fa gola (è proprio il caso di dirlo) a molti operatori.

La Comunicazione sopra riportata e pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* n. C 21 del 24 gennaio 2004 riferisce il rigetto, da parte dell'Ufficio del marchio comunitario (UAMI), del marchio «Parmitalia» per i prodotti della classe 29 che è quella dei formaggi. La registrazione di tale marchio è stata chiesta da una ditta italiana, ma poteva anche essere chiesta da una ditta straniera intenzionata ad appropriarsi del nome. Per chiarezza dobbiamo aggiungere che la domanda di registrazione è stata opposta da un'altra impresa che già detiene un marchio simile!

L'altro caso di rigetto si ricava invece dalla giurisprudenza del Tribunale di Prima istanza dell'Unione europea.

La sentenza del Tribunale di Prima istanza è stata emessa il 15 ottobre 2003 e riguarda la domanda di registrazione, come marchio comunitario, del nome geografico «Oldenburg» che in Germania è famoso perché si riferisce ad una città e ad una zona geografica nota per i suoi prodotti agricoli (causa n. T-295/01).

È molto interessante il paragrafo n. 29 della sentenza, il quale riconosce che il citato Regolamento n. 40/94 sul marchio comunitario e precisamente, l'art. 7, par. 1, lett. c. «persegue una finalità d'interesse generale, la quale impone che i segni o le indicazioni descrittivi delle categorie di prodotti o di servizi per i quali si chiede la registrazione possano essere liberamente utilizzati da tutti. Tale disposizione osta quindi a che siffatti segni o indicazioni siano riservati a una sola impresa in forza della loro registrazione come marchio»³.

Nei casi appena citati, né la città di Parma, né, rispettivamente, la città di Oldenburg, erano state messe al corrente delle domande di registrazione dei due marchi.

³ La disposizione citata nella sentenza è stata completata dall'art. 1, par. 2 del Regolamento n. 422/2004 del 19 febbraio 2004 che modifica il Regolamento Ce n. 40/94 sul marchio comunitario, in *Gu-Ue* n. L 70 del 9 marzo 2004, p. 1.

Per fortuna le domande di registrazione dei due marchi non sono state accolte, ma se fossero state accolte ci troveremmo con due marchi in più, legittimati a portare nomi geografici prestigiosi per pubblicizzare prodotti alimentari a favore di imprese singole.

Di fronte a situazioni del genere occorrerebbe poter sfruttare le opportunità consentite dalla normativa sui marchi.

Ed infatti tale normativa consente alle città, alle province e alle regioni di registrare anch'esse propri marchi⁴.

Una città che possiede un nome di prestigio, o comunque di una certa notorietà, che appartiene a tutti i suoi abitanti, potrebbe registrare tale nome come marchio proprio per essere in condizione di impedire la indebita registrazione del suo marchio da parte di imprese singole.

Se invece il marchio che si vuol registrare è collettivo, in tal caso non sorgono problemi.

Per quanto riguarda infatti la concessione del diritto di utilizzare un marchio contenente un nome geografico (di una città, di una provincia o di una regione) per prodotti o servizi a favore di una pluralità di produttori o di prestatori, abbiamo già visto che l'ordinamento comunitario (e quella nazionale) è senz'altro favorevole perché ciò va nell'interesse della collettività.

Un prodotto, identificato con un marchio geografico (o addirittura con una DOP o IGP) può infatti valorizzare l'area geografica da cui proviene ed arricchirne il nome con elementi fondati sulle caratteristiche qualitative destinate ad imprimersi nella memoria del consumatore così da tenerlo legato al prodotto e alla zona di provenienza, non solo per ragioni meramente alimentari ma anche per motivi connessi alle tradizioni culturali ampiamente intese.

I casi sopra descritti dovrebbero portare gli amministratori pubblici a riflettere sul modo di tutelare i nomi delle città, delle province e delle aree geografiche nelle quali esercitano i loro poteri.

Fausto Capelli

⁴ Cfr. art. 22 del r.d. 21 giugno 1942, n. 929 (Testo delle disposizioni legislative in materia di marchi registrati), in *Guri* n. 203 del 29 agosto 1942, come modificato dall'art. 22 del Dlvo del 4 dicembre 1992, n. 480 (Attuazione della direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988, recante ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa), in *Guri* n. 295 del 16 dicembre 1992, *suppl. ord.*

Il diritto alla registrazione dei marchi da parte di città, province e regioni è stato anche riconosciuto in sede comunitaria dall'art. 5 del Regolamento n. 40/94 nella nuova versione introdotta dall'art. 1, par. 1 del Regolamento n. 422/2004, *cit. supra*, nota 3, che così recita: «Possono essere titolari di marchi comunitari le persone fisiche o giuridiche, compresi gli enti di diritto pubblico».

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

UNA COSTITUZIONE PER L'EUROPA*

Civitas propter cives, non cives propter civitatem

Il processo di integrazione europea

«Dal maggio 1950, quando partì la proposta di mettere inizio all'avventura europea, e poi nelle tappe successive fino al passaggio, quasi mezzo secolo dopo, dalle monete nazionali all'euro, l'oggetto della costituzione europea è stato soprattutto economico. Ma la natura, il significato, l'impulso sono sempre stati e sono politici». Il processo di integrazione economica europea è stato un grande successo e «il processo di unificazione europea è la più forte eredità positiva che il secolo lascia agli uomini nella sfera degli ordinamenti politici». Tra queste due affermazioni si snodano la ricostruzione e l'analisi, attente, informate e profonde, che Tommaso Padoa Schioppa fa di questa vicenda straordinaria. Come uno dei primi borsisti CECA nel 1955 e membro attivo del movimento federalista europeo, dallo stesso anno, nell'ambito del gruppo pavese che aveva come leader Mario Albertini, tutti gli eventi raccontati nel libro mi suonano familiari, dalla battaglia per l'elezione diretta del Parlamento europeo, a quella per lo SME con le dolorose incomprensioni con Paolo Baffi, ai tanti impegni a favore della moneta europea. Oggi, alla luce di ciò che è successo, forse, noi federalisti intransigenti comprendiamo che certe rigidità istituzionali che ci animavano erano sbagliate e che il metodo del gra-

* Relazione presentata all'incontro-dibattito organizzato in occasione della consegna del «Premio Giuseppe Acerbi Anno 2003» a TOMMASO PADOA SCHIOPPA per il libro «*Europa, forza gentile*», Castel Goffredo - 26 marzo 2004. Il volume è edito da Il Mulino, Bologna, 2001.

dualismo e del funzionalismo era quello appropriato, l'unico possibile, in una realtà così complessa come l'Europa.

«L'Europa si è fatta realtà sul terreno economico – scrive ancora Padoa Schioppa –. Se per misurare ciò che è stato costruito usiamo il metro dell'economia e guardiamo come è mutata la ricchezza delle nazioni, dobbiamo prima di tutto constatare il grande successo del progetto europeo. Nel 1960 l'economia europea (calcolata per i quindici membri attuali) era pari ad appena il 60 per cento di quella americana, mentre a partire dagli anni '90 la supera». Oggi l'Europa esiste sul piano economico e su quello monetario, con una moneta unica ed una banca centrale, fatto questo che sta cambiando tantissime cose nel comportamento delle persone ed è diventato, a sua volta, potente fattore di unificazione: sul piano dell'ordinamento giuridico e giudiziario, con una Corte alla quale i singoli cittadini possono rivolgersi direttamente e con leggi europee sovraordinate alle leggi nazionali; sul piano istituzionale, con istituzioni che certamente non rispondono ai dettami di un elegante disegno costituzionale ma che sono uno straordinario esempio della fantasia e della capacità creatrice della storia e che, bene o male, funzionano; sul piano culturale e dei grandi valori, che sono sempre più comuni come anche la recente tragedia di Madrid ci ha fatto sentire e capire. «Oggi noi siamo convinti che una guerra fra gli Stati membri dell'Unione europea sia impensabile ed anche impossibile. Ma tale convinzione non deriva tanto dal sentirci legati ad un sistema istituzionale di tipo federale per noi giuridicamente vincolante, quanto piuttosto dalla consapevolezza di aderire ad una Comunità e ad un'Unione ispirate a valori e a principi accettati e rispettati da tutti i popoli europei. Sono questi valori e questi principi a preservare la pace fra gli Stati europei ed è stato il "buon governo" instaurato dal metodo comunitario che ha consentito agli Stati e ai popoli europei di superare gli immani problemi creati dalla seconda guerra mondiale e di sviluppare in pace le loro economie fino a raggiungere l'eccezionale livello di benessere e di prosperità di cui oggi essi possono godere»¹. È giusto che la nostra generazione che tanto si è spesa per questi obiettivi viva anche momenti di appagamento e di compiacimento. Io anche questo ho letto nel libro di Tommaso Padoa Schioppa e gli sono grato anche per questo.

Guardando avanti

Ma poi bisogna guardare avanti. E poiché nel libro non ho trovato una sola affermazione sulla quale non mi trovi d'accordo, concentrerò la mia atten-

¹ F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'Unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651 ss, spec. p. 653.

zione sui temi del presente e del futuro, che nel libro non sono toccati se non di sfuggita. Oggi l'Europa esiste e rappresenta un piedistallo formidabile per andare avanti, ma viene a trovarsi in un nuovo contesto radicalmente diverso da quello nel quale è cresciuta, mattone dopo mattone, e ciò apre rischi e sfide radicalmente nuove. È a questi che dobbiamo indirizzarci e soprattutto indirizzare le nuove generazioni.

La famosa dichiarazione di Robert Schuman del 9 maggio 1950, redatta da Jean Monnet, che, proponendo l'unione della produzione di carbone e di acciaio di Francia e Germania, dava il via alla CECA ed all'intero processo di integrazione europea, aveva un obiettivo «limitato ma decisivo»: creare le premesse per far sì che «una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile ma materialmente impossibile». Ora questo rischio è sepolto; quell'obiettivo «limitato ma decisivo» è stato non solo raggiunto ma largamente superato; quella sfida è definitivamente vinta.

La seconda grande sfida che ha funzionato come propellente e collante del processo di integrazione europea fu l'esigenza di resistere alla mortale minaccia del totalitarismo comunista proveniente sia dall'interno dei nostri Paesi che dalle armate e dai missili sovietici. Sembra che il primo a pronunciare la parola «Conseil de l'Europe» ai microfoni della BBC fu, nel 1943, Winston Churchill. Certamente fu lui il primo a proporre la creazione di una Armata Europea il 10 agosto 1950². Anche questa seconda grande sfida è stata vinta, in modo miracolosamente incruento (nuova conferma del grande pensiero dello stratega cinese Sun Zu, VII secolo a.C.: «Chi in cento battaglie riporta cento vittorie, non è il condottiero più abile in assoluto; al contrario chi non dà nemmeno battaglia e sottomette le truppe dell'avversario è il condottiero più abile in assoluto»), grazie certamente alla forza dell'America e della Nato e al lungimirante intervento del Piano Marshall, ma anche grazie alla capacità dell'Europa di dar vita ad un continuo e miracoloso processo di integrazione nella pace e nella collaborazione, di sviluppare la propria economia, di realizzare un'economia sociale di mercato, di contenere e battere democraticamente i partiti comunisti interni, di fare dell'Europa «uno spazio privilegiato della speranza umana» (progetto del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa).

Svanite queste sfide e queste minacce che sono state anche propellente e collante del processo di integrazione europea, la nuova grande sfida è, paradossalmente, quella di governare il successo. Il successo chiama l'Europa ad uscire dal suo guscio e ad assumere un ruolo più importante nei confronti *a.* dei Paesi che vogliono aggregarsi; *b.* degli Stati Uniti; *c.* delle grandi economie emergenti (Cina, India, Russia, Brasile); *d.* dei Paesi da pacificare e da sviluppare rientranti nella sua diretta sfera di influenza. Nel trattare breve-

² Vedasi *infra*, allegato 1.

mente questi capitoli non credo di travalicare il compito assegnatomi di trattare i temi economici, perché questi sarebbero campati in aria se non venissero radicati in questo grande scenario.

Rapporti con i Paesi che vogliono aggregarsi - Urgenza della Costituzione europea - Profilo di sviluppo

Una volta ancora l'Unione europea sta vivendo un momento storico. I Paesi limitrofi al nucleo storico dei sei Paesi firmatari dei Trattati di Roma del 1957, già allargato a quindici, premono per diventare parte dell'Unione. Già dieci Paesi sono entrati (Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria, Slovenia, Malta e Cipro). Mentre altri dieci sono prossimi alla soglia, per un totale di oltre 500 milioni di persone. Ci sono persino personaggi che straparano, configurando un'Unione europea allargata alla Russia. Questo processo di aggregazione è positivo; è frutto del successo, ma va governato.

Oggi persino i confini geografici dell'Europa diventano incerti. Tanti anni fa nella piazza dell'isola greca di Kastelorizo, prospiciente alla costa turca, vidi dei cartelli, in varie lingue, che dicevano: «Qui inizia l'Europa». Quando la Turchia entrerà nell'Unione (ed a questo processo essa si sta preparando con la sospensione della pena di morte e con un nuovo riconoscimento dei diritti delle minoranze), quei cartelli andranno rimossi. Ma dove li metteremo? Se i confini geografici diventano incerti, cosa sarà dei valori unificanti, dei confini istituzionali, della politica monetaria unificata? Che diavolo di Europa ci aspettiamo mettendo insieme Paesi guidati da politiche come quella espressa con grande franchezza dal presidente polacco Alexander Kwasniewski nei seguenti termini: «Se questa è la visione del presidente Bush, questa è anche la mia»³? Il rischio, dunque, di provocare una diluizione del processo di integrazione europea, ammucciando disordinatamente Paesi che non ne hanno condiviso il travaglio creativo, che non si sono confrontati con i valori fondanti ma sono mossi da pura convenienza mercantile, è molto alto. Questo hanno ben compreso i giovani imprenditori di Francia, Italia, Germania, Olanda nella Dichiarazione di Milano del 12 aprile 2003⁴. È urgente, dunque, che si arrivi rapidamente alla firma del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (*Gu-UE* n. C 169 del 18 luglio 2003). Da ex federalista fondamentalista convertito trovo il lavoro fatto dal gruppo guidato da Valéry Giscard d'Estaing eccellente. Anche in materia economico-sociale il progetto di Costituzione è, sul piano costituzionale, ottimo. Esso, infatti, delinea un pro-

³ *Herald Tribune*, 24 gennaio 2003.

⁴ Cfr. *infra*, allegato 2.

getto di sviluppo ragionevole basato «su una crescita economica equilibrata, un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione del progresso sociale e ad un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»; combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni; promuove la visione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri; riconferma le libertà fondamentali di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali e garantisce la libertà di stabilimento; costituisce il sistema delle banche centrali che fa capo alla Banca centrale europea, la cui indipendenza «nell'esercizio dei suoi poteri e nelle sue finanze» è costituzionalmente riconosciuta; riconosce la necessità di un commercio internazionale «libero ed equo»; pone la persona al centro della sua azione. Questa è l'Europa. Chi è dentro a questi principi è in Europa; chi è fuori è fuori, qualunque sia la contiguità fisica. Tutto ciò è più che sufficiente sul piano costituzionale; per il resto lasciamo fare alla politica.

Rapporti con gli USA: un'Europa armata?

La stretta collaborazione tra USA ed Europa è stata un altro tratto caratteristico dei decenni analizzati da Tommaso Padoa Schioppa. Nessuno auspica o pensa che questa vicinanza di fondo possa o debba rompersi. Ma essa sarà molto più burrascosa che nel passato, per motivi oggettivi. L'Europa ha tante cose e tanti valori in comune con gli USA ma non coincide e non è totalmente subordinata agli USA come i neoconservatori americani vorrebbero e come alcuni *gauleiter* europei cercano di realizzare. Robert Kagan, nel suo lucidissimo e crudo: *Paradiso e potere* (Of Paradise and Power, 2003), ha posto in luce le ragioni per cui dobbiamo prepararci razionalmente a divergenze significative e crescenti tra USA e Europa: gli USA sono condannati a perseguire il ruolo di iperpotenza militare e tecnologica ed a guidare il mondo con la forza in un crudo approccio hobbesiano; l'Europa, sotto lo scudo difensivo della Nato, può coltivare il suo paradiso di un approccio kantiano basato sulla ragione, sulla tolleranza, sulla pace. Nelle parole di Kagan non manca un certo senso di scherno e di disprezzo verso questa Europa gentile ed un po' effeminata, in un significato non dissimile dalla parola usata da Raumsfeld quando, nel corso della guerra con l'Iraq, parlava di una «vecchia Europa», che non vuole prendersi impegni coraggiosi; ma anche se questo tono può dare fastidio, esso aiuta a capire la realtà: «I leader americani credono che la sicurezza globale e l'ordine liberale – insieme al paradiso "postmoderno" dell'Europa non sopravviveranno a lungo se gli Stati Uniti non useranno il loro potere nel mondo pericoloso hobbesiano che ancora si agita al di fuori dell'Europa. In conclusione, gli Stati Uniti, benché abbiano svolto un ruolo fondamentale nel condurre l'Europa dentro il suo paradiso kantiano, e ancora lo svolgano nel

renderlo possibile, non possono varcare la soglia dell'Eden. Essi restano, con tutta la loro enorme potenza, impigliati nella storia, a vedersela con i Saddam e gli *ayatollah*, con i Kim Jong Il e gli Jian Zenin, lasciando agli altri la maggior parte dei benefici (...). A volte [gli USA] devono agire unilateralmente, non perché abbiano la passione dell'unilateralismo, ma perché, con un'Europa debole, che ha rinunciato alla politica di potenza, non hanno altra scelta se non agire unilateralmente»⁵. È vero che l'Europa ha rinunciato alla politica di potenza. Ma è questo un male o una speranza per l'intera umanità, l'indicazione di una via possibile? È vero che l'Europa è militarmente debole. Ma l'essere militarmente deboli autorizza a parlare semplicemente di una Europa debole in generale? Non vi è il rischio che Kagan e i neoconservatori americani commettano qui un errore di prospettiva analogo a quello che commise Stalin quando sprezzantemente chiese su quante divisioni poteva contare il pontefice? E poi verso quali ipotetici nemici indirizzerebbe le sue ipotetiche armate l'Unione europea? Chi preme alle sue frontiere? Quali territori deve conquistare? Ma i grandi nemici del mondo in questa fase storica non si chiamano terrorismo, fondamentalismo islamico, miseria ed esclusione dai diritti fondamentali di miliardi di persone, globalizzazione non equa e non governata, squilibrio tra crescita economica e ambiente? E siamo sicuri che il contributo dell'Europa al mondo su questi temi sarebbe più utile se anch'essa congelasse il 3-4% o sino al 7% (come in passato hanno fatto gli USA) del PIL per aspirare a diventare una potenza militare? Ma il terrorismo e gli altri mali elencati non si affrontano meglio con mezzi diversi dagli elicotteri "apache" e dai missili? Anche a riflettere su questi grandi temi aiuta un libro sull'«Europa, forza gentile» o sull'«Europa *soft*» come la chiamano gli americani o sull'«Europa potenza tranquilla» come l'ha chiamata Tzvetan Todorov nel suo smilzo ma denso libro⁶.

Coerentemente con tale impostazione potremmo escludere l'esigenza di spese militari da parte dell'Unione. Tuttavia mi sembra condivisibile la linea di Todorov che ritiene una forza militare europea comunque necessaria, e quindi un po' di spese militari dovranno essere messe in conto nel bilancio dell'Unione. Non per avviare una politica di potenza, per scimmiettare gli Stati Uniti, non per nutrire l'ambizione di gestire o intervenire negli affari del mondo intero, ma per esercitare una «potenza tranquilla» in relazione ad obiettivi limitati, sostanzialmente di *peace keeping*, di antiterrorismo con unità superspecializzate ed una *great intelligence* europea, e di interventi nelle grandi calamità naturali. Per il resto il contributo maggiore alla pace l'Europa può darlo con il suo esempio di forza gentile, come ha testimoniato John Hume, premio Nobel per la pace 1999, affermando che il ristabilimento della pa-

⁵ Corsivo aggiunto.

⁶ *Il nuovo disordine mondiale, le riflessioni di un cittadino europeo*, Milano, Garzanti, 2003.

ce in Irlanda del Nord è stato possibile applicando tre principi ricevuti dall'esperienza comunitaria.

Ma vi sono due altri temi, non citati da Robert Kagan, di natura economica, in relazione ai quali dobbiamo prepararci a serie divergenze di visione e di impostazione con gli USA. Il primo è lo stesso concetto di sviluppo. Nessun presidente degli USA, rappresentante di un Paese dove la competizione più esasperata è legge, potrebbe firmare l'art. 3 del progetto di Costituzione con il suo riferimento esplicito all'"economia sociale di mercato", una categoria estranea alla cultura americana. Anche in questo campo dobbiamo smetterla di scimmiettare gli USA, di porci l'obiettivo di colmare il *gap* con gli USA. Dobbiamo disegnare il nostro sviluppo, con i nostri ritmi, con la nostra qualità di vita, con i nostri obiettivi. Il secondo tema è legato all'Euro. Il successo dell'Euro ed il suo emergere come seconda moneta di riserva a livello mondiale creerà inevitabili tensioni ed anche momenti di conflitto con gli USA, abituati da decenni a vedere il mondo retto solo dal dollaro, «our money and your problem», secondo la ormai famosa definizione di un ministro americano. Queste divergenze potranno restare nei limiti di una costruttiva, anche se sofferta, dialettica, e potranno anche attenuarsi. Ma sono la realtà del nuovo mondo ed al tempo stesso una delle sfide per la nuova Europa. Come conclude Kagan: «In breve, benché sia difficile prevederne la scomparsa, il divario fra la visione del mondo americano e la visione europea potrebbe rivelarsi meno incolmabile di quanto non appaia ora. Non è detto che debba esserci uno "scontro di civiltà" all'interno di quello che fino a poco tempo fa veniva chiamato l' "Occidente". Ciò che occorre da entrambe le parti, è un riaggiustamento alla nuova realtà dell'egemonia statunitense. E, forse, come dicono gli psichiatri, il primo passo verso la soluzione del problema è riconoscere in che cosa consiste». Sono d'accordo con Kagan. L'egemonia, soprattutto militare, americana va capita accettata ed interiorizzata. Ma pur prendendo atto di questo contrasto tra «un'America giovane, esuberante e multi-etnica e un'Europa vecchia, decrepita ed introversa»⁷, i falchi americani devono ripiegare e porre nel cassetto il sogno che fu di Franklin Delano Roosevelt «di rendere l'Europa irrilevante sul piano strategico». L'Europa potrà essere, ed auguriamoci che continui ad esserlo, militarmente irrilevante. Ma non sarà mai irrilevante sul piano economico, culturale e strategico. Troppa esperienza e troppa storia del mondo sono accumulate nel suo spazio. E del resto il mondo ha bisogno sia dell'iperpotenza egemone statunitense, sia della forza gentile dell'Europa. Importante è che l'uno non cerchi di scimmiettare l'altro, ma che ognuno porti i suoi doni veri e genuini.

⁷ *The Economist*, 22 agosto 2002.

Rapporti con le grandi economie emergenti (Cina, India, Russia, Brasile)

Un altro grande mutamento del quadro di riferimento rispetto ai decenni che hanno visto la costruzione dell'«Europa, forza gentile», è l'emergere sulla scena mondiale di nuovi grandi protagonisti a livello continentale, come Cina, India, Russia, Brasile. In quei decenni tutte le partite si giocavano tra USA ed Europa con l'ingresso in scena, a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta, del Giappone.

Oggi Cina, India, Russia, Brasile rappresentano altrettanti soggetti chiave di un nuovo sviluppo e, quindi, allo stesso tempo nuovi competitori e nuove minacce, ma anche nuove straordinarie opportunità ed occasioni di sviluppo. Le singole forze produttive e sociali europee (in primo luogo le imprese) devono svolgere il loro ruolo per cogliere queste opportunità e contenere le minacce. Ed i singoli Stati europei devono collaborare e sostenere i rispettivi operatori. Ma la dimensione continentale di questi soggetti e la complessità di certe partite economiche da giocare⁸ sono tali da richiedere, accanto ed insieme agli Stati nazionali, nell'ambito di una politica di convergenza e di sussidiarietà, un'Europa che sappia parlare ed agire unitariamente o, perlomeno, in modo coordinato e convergente. Credo che il presidente della Commissione europea nominato dal Parlamento europeo coadiuvato dal ministro degli affari esteri nominato dal Consiglio europeo e che assume il ruolo di vicepresidente della Commissione, come prevede il progetto di Costituzione, potranno, in questo senso, svolgere un ruolo prezioso.

Rapporti con i Paesi da pacificare e sviluppare rientranti nella sua diretta sfera di influenza

L'Unione europea, pur nella nuova ampia configurazione che va prendendo corpo, deve avere dei precisi confini. Ma al di là di questi vi sono ad est Paesi come l'Ucraina e la Bielorussia ed al sud Paesi come quelli del Maghreb con i quali, per ragioni di vicinanza e di sfera di influenza, dovrà coltivare rapporti e collaborazioni particolari. Anzi al sud tutta l'Africa deve diventare interlocutore privilegiato dell'Europa. Altri compiti, altre responsabilità, altre opportunità complesse e difficili dalle quali l'Europa non deve rifuggire se vuol superare quell'immagine di «un'Europa vecchia, decrepita, introversa» che tanti le accreditano. Una volta di più compiti di dimensione e complessità tali da superare le possibilità dei singoli Stati europei, per i quali deve essere presente, con una voce unica e convergente con le singole energie, l'Unione europea.

⁸ Cfr. le recenti prese di posizione di alcuni di questi Paesi continentali in sede di WTO.

Il bilancio dell'Unione europea

Dal quadro delineato emerge che per affrontare le nuove sfide e cogliere le nuove opportunità l'Unione europea non deve stravolgere le istituzioni attuali né il metodo graduale sino ad ora seguito⁹. Il progetto di Costituzione presentato è più che sufficiente per far fare all'Unione un passo avanti, per consolidare quanto sin qui fatto, per evitare che l'allargamento porti ad una diluizione della sua essenza, e la trasformi in una sorta di zona di libero scambio o, peggio, in una "armata Brancaleone" senza principi ed obiettivi comuni, senza bussola. Sono cresciuto nella convinzione che per gestire unitariamente una moneta unica debba esistere un forte collegamento con una forte bilancio o con un forte potere fiscale. L'esperienza dell'Unione europea mi ha dimostrato che questa convinzione era infondata. Perciò oggi non credo più, come ho creduto in passato, che l'Unione europea abbia bisogno di un grande bilancio generale. Anzi penso che un bilancio di questo tipo sarebbe una iattura, un fattore di centralismo e di irrigidimento burocratico. La strumentazione economica dell'Unione europea è più che sufficiente: moneta unica; sistema europeo di banche centrali facenti capo alla Banca centrale europea; politica di bilanci realizzata indirettamente attraverso i parametri del patto di stabilità; rigorosa tutela delle quattro libertà, della concorrenza e dell'economia imprenditoriale. Poche le modifiche che auspicherei: un'unica autorità *antitrust* a livello continentale; un'unica autorità di vigilanza sul sistema bancario a livello continentale; un rafforzamento moderato del bilancio esclusivamente per fronteggiare le esigenze della limitata forza unitaria di difesa, per sostenere la politica estera comune e per realizzare una politica di cooperazione più forte nei confronti dei Paesi in via di sviluppo; un'imposta sugli affari di facile esazione prelevata direttamente dall'Unione.

Un'Europa pluricentrica

La complessità del processo di ampliamento dell'Unione, la disomogeneità tra il nucleo storico e molti Paesi aspiranti all'ingresso e tra gli stessi, rendono indispensabile una progettazione del processo di integrazione più duttile, articolata e flessibile che in passato. Io condivido la visione di Todorov che parla di un'Europa non a velocità diverse, ma a diversi cerchi concentrici. Nel primo cerchio entrerebbero gli Stati fondatori dell'Unione (Francia, Germania, Italia, Benelux), legati tra loro da un patto federativo più stringente che copra anche gli auspicabili sviluppi unitari in materia di sicurezza e relazioni con i Paesi extra-europei. Il secondo cerchio concentrico radunerebbe i

⁹ Cfr. *infra*, allegato 3.

Paesi ammessi nell'Unione europea nella sua forma attuale: un insieme di venticinque e, forse, sino a trentacinque Paesi. I criteri di appartenenza a questo cerchio sarebbero un certo livello di sviluppo economico, un regime di democrazia liberale, un certo livello di garanzia giuridica, ma non sarebbero necessari né la moneta comune, né i tratti comuni in tema di sicurezza e politica estera. Che in uno di questi Paesi la religione dominante sia l'islam non è uno ostacolo. Ciò che conta oggi in Europa non è il cristianesimo, ma il laicismo, dono, in parte, del cristianesimo. Il terzo cerchio sarebbe rappresentato dai Paesi limitrofi, o, comunque, rientranti nella diretta sfera di influenza dell'Unione, per i quali il suo esempio, il suo metodo di lavoro, i suoi principi più che i suoi aiuti finanziari potrebbero essere preziosi.

Trovo anche utile, certamente per l'economia, la proposta di Todorov che si adotti un'unica lingua di lavoro. Questa non può essere che l'inglese internazionale. Se proprio si vuole, si può conservare anche il francese come fattore storico-sentimentale. Ma non di più¹⁰.

Ho molto apprezzato che l'art. 3, Obiettivi dell'Unione europea, inizi con queste parole: «L'unione si prefigge di promuovere la pace». Poiché la pace è indivisibile e non si può fermare ai confini dell'Unione, noi dobbiamo dire ai giovani che siamo orgogliosi di appartenere ad un'Unione che si prefigge questo come suo obiettivo primario e dobbiamo incitarli a prodigarsi affinché questo grande obiettivo che la nostra generazione ha realizzato nell'interno dell'Unione, dopo secoli di sanguinose guerre, venga portato anche fuori dall'Unione ed in primo luogo nei vicini Paesi dei Balcani, del Medio oriente, dell'Africa. Anche la buona economia dipenderà dal perseguimento di questo obiettivo primario.

Marco Vitale

ALLEGATO 1

Dal disco «Les Grandes voix de l'Europe», a cura del Consiglio d'Europa

Winston Churchill

On a coutume de faire remonter l'origine des efforts d'unification européenne à Winston Churchill qui, dès 1943, au micro de la B.B.C., avait employé les mots «Conseil de l'Europe». Il joua un rôle important aux premiers Congrès du Mouvement Européen et fut l'une des vedettes des premières sessions de Strasbourg. Le 10 août 1950, il y proposa la création d'une «armée européenne»:

¹⁰ Cfr. *infra*, allegato 4.

«Nous dans cette Assemblée, nous n'avons pas de responsabilité, ni de pouvoir exécutif.

Mais nous avons l'obligation de donner nos avertissements et nos conseils. Il doit être créé et dans de temps possible, un vrai front défensif en Europe. La Grande Bretagne et les Etats-Unis doivent envoyer de grandes forces sur le continent. La France doit faire revivre sa fameuse armée. Nous souhaitons la bienvenue à nos camarades italiens. Tous, la Grèce, la Turquie, la Hollande et la Belgique, le Luxembourg, les Etats Scandinaves, tous doivent porter leur fardeau et faire de leur mieux ...

C'est pourquoi, Monsieur (le Président), je vous propose une Résolution que, après quelques consultations de divers cotés, j'ai osé rédiger :

L'Assemblée, afin d'exprimer son attachement au maintien de la paix et sa ferme décision d'appuyer l'action du Conseil de Sécurité des Nations Unies dans la défense de peuples pacifiques contre l'agression, demande la création immédiate d'une Armée Européenne unifiée soumise à un contrôle démocratique européen approprié et agissant en pleine coopération avec les Etats Unis et le Canada ».

ALLEGATO 2

The declaration of Milan

We, the representatives of the young entrepreneurs of France, Germany, Italy and the Netherlands, having convened in Milan to confer and deliberate on the future of Europe

express

our continued support for the goal of achieving an ever closer Union of the peoples of Europe

reaffirm

that the European project is the only way to maintain our countries prosperous, safe and independent in the XXIst century

denounce

the danger of the failure of European Unity, due to attempts made by the enemies of European integration to weaken common institutions and reduce Europe to a mere free trade area

invite

the governments of the current States of the Union to welcome the accession Countries as full and equal members of the European family, and the peoples of the new States the accession countries to join the Union in a spirit of sincere commitment to the European cause

call

for the Convention to prepare a draft European Constitution that includes the reforms essential to make the Union more effective, more comprehensible and closer to the citizens

demand

that advances be made in giving Europe better means to promote freedom of enterprise and achieve a better coordination of economic and social policies

request

that the role of the Union in the world be reinforced and that Europe speak in one voice in the main international institutions

admonish

that the new Constitution must be implemented by national Governments without letting narrow national interests prevail over the common European interests

Milan, the 12th of April, 2003

Thomas Chaudron, Centre des Jeunes Dirigeants, France

Matteo Colaninno, Giovani Imprenditori di Confindustria, Italy

Jan Klingele, Bundesverband Junger Unternehmer, Germany

Tjark de Lange, Jong Management, The Netherlands

Ugo Andrea Poletti, Gruppo Giovani Assolombarda

ALLEGATO 3

Dalle conclusioni della tesi di laurea di Marco Vitale:

«Problemi fiscali e finanziari di un'unione economica, con particolare riferimento alla Comunità Economica Europea» - Università degli Studi di Pavia», anno accademico 1958-1959

«Messieurs – disse un giorno Spaak agli uomini che stavano costruendo il Benelux – il faut vouloir les conséquences de ce qu'on veut». L'esame del modo in cui il trattato del M.E.C. prende in considerazione i principali problemi monetari, fiscali e finanziari, ci permette di dire fondatamente, se abbiamo davanti agli occhi le esperienze passate, che i politici che vollero il M.E.C. non ne volevano alcune importanti conseguenze. Questa nostra interpretazione ha la fortuna di essere confortata dalle parole di Paul Delouvrier, uno dei principali esperti che contribuirono alla stesura del trattato del M.E.C.. Tra l'altro egli dice: «dal punto di vista teorico, il lavoro compiuto a Bruxelles potrebbe essere revocato in dubbio o severamente criticato poiché l'aspetto monetario dei problemi ne risulta praticamente assente. Ma ciò, non perché gli esperti di Bruxelles non fossero consapevoli della fondamentale importanza che i problemi monetari hanno per un mercato comune o per una unione economica, bensì perché la parte ministeriale del loro cervello ebbe la meglio. Gli esperti temono i governatori delle banche centrali. Come ho già detto i governatori delle banche centrali hanno punti di vista universali e sperano nella convertibilità anziché nella unificazione europea che forse finirebbe con la istituzione di una banca centrale pubblica... Gli esperti si dissero: non parliamo di problemi monetari in questa sede; se le misure dirette alla soppressione delle tariffe doganali saranno realmente rispettate, un certo grado di unificazione monetaria dovrà necessariamente aver luogo. Si trattò forse di un atto di fede, ma anche nel solo modo concreto col quale, in quella fase dell'opera, ci si poteva occupare della questione».

Dalle parole del Delouvrier, per quanto riferite esclusivamente ai problemi monetari, appare chiaro l'atteggiamento generale degli esperti del M.E.C.: dato che alcune implicazioni del trattato, per quanto essenziali esse siano, non sono desiderate o meglio si vorrebbe non si verificassero, si preferisce non farne cenno e porre ugualmente in atto la Comunità Economica Europea.

Se questo atteggiamento sia stato giusto od errato solo gli anni a venire ce lo potranno dire¹¹.

¹¹ Oggi, dopo 47 anni, possiamo dire che quell'atteggiamento era giusto (12 marzo 2004), *n.d.a.*

ALLEGATO 4

TODOROV, *Il nuovo disordine mondiale, le riflessioni di un cittadino europeo*, Milano, Garzanti, 2003, p. 78 s.

Se avesse un presidente dotato di poteri, l'Unione europea diventerebbe un'istituzione molto più efficace di quanto lo sia oggi. Un'altra trasformazione l'aiuterebbe in questa via: adottare una lingua unica di lavoro. La proposta rischia di dispiacere a tutti i nazionalisti, ma deriva dal buon senso. D'altronde non si tratta di una novità radicale: nel medioevo, infatti, esisteva un'Europa delle élite grazie alla possibilità di comunicare in latino e al di là delle frontiere. Oggi una sola lingua può svolgersi questo ruolo: quella che io chiamo "inglese internazionale". Non è la lingua di Shakespeare o di Henry James. È quella che parlano, per farsi capire, tutti gli europei quando si recano nella maggior parte dei paesi del mondo fuori dal proprio. È quella che usano tra loro gli scienziati di tutti i paesi se vogliono conoscere l'evoluzione della propria disciplina. È quella con cui comunicano i giovani di un paese europeo quando sono in viaggio nei paesi limitrofi. Suppongo che sia perfino quella dei funzionari europei quando i microfoni sono spenti. Bisogna avere il coraggio di ammettere uno stato di fatto.

L'esistenza di questa lingua internazionale ausiliaria non minaccia le culture nazionali né le lingue nelle loro molteplici funzioni. I francesi non se ne dispiacciono! Nato dentro la lingua bulgara, ho scelto volontariamente di esprimermi in francese, e non lo rimpiango neppure per un istante. Ma so anche che la mia scelta non va confusa con il funzionamento di un'istituzione come l'Unione europea. Imparare l'inglese internazionale oggi dovrebbe essere automatico come imparare a guidare un'automobile o servirsi di un computer. Potere entrare in contatto diretto con gli stranieri è un vantaggio meraviglioso perché permette a ciascuno di prendere una certa distanza da sé stesso, di tenere conto della naturalezza e della convenzionalità nei propri comportamenti, di aprire il proprio pensiero a quello degli altri. Stabilito questo primo contatto, è aperta la via alla conoscenza delle altre culture come delle altre lingue.

LA TUTELA DELLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E IN QUELLO INTERNAZIONALE*

Sommario: **A.** Cenni introduttivi - **B.** Scopo e ragione della tutela delle indicazioni geografiche - **C.** La tutela delle indicazioni geografiche in sede internazionale e comunitaria - **I.** Le Convenzioni internazionali e gli accordi bilaterali in materia di tutela delle indicazioni geografiche - **1.** La Convenzione di Parigi - **2.** L'Accordo di Madrid - **3.** La Convenzione di Lisbona - **4.** L'Ufficio internazionale della vite e del vino - **5.** Gli Accordi bilaterali - **II.** I regolamenti comunitari in materia di tutela delle indicazioni geografiche - **1.** La protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vinicoli - **2.** La protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti agro-alimentari - **III.** L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS) - **1.** La tutela delle indicazioni geografiche in generale - **2.** La tutela delle indicazioni geografiche per i vini - **D.** Alcune considerazioni sulla strategia da intraprendere per migliorare la tutela delle indicazioni geografiche - **I.** Sulla necessità di migliorare il sistema internazionale di protezione delle indicazioni geografiche - **II.** Alcune proposte per risolvere i problemi.

A. Cenni introduttivi

Uno dei temi discussi al vertice di *Cancun*, la cittadina marittima del Messico dove è stata organizzata nel settembre del 2003 la riunione dei Paesi aderenti all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), riguardava la tutela dei marchi e delle indicazioni geografiche dei prodotti, con particolare riferimento alla tutela delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari¹. Si tratta di un tema di notevole interesse per l'Italia, dato che sono soprat-

* Testo destinato ad essere pubblicato in F. CANTARELLI (a cura di), *Rapporto sullo stato dell'agroalimentare in Italia nel 2002*.

¹ Sugli esiti del vertice di Cancun, sotto il profilo giuridico, v. G. M. BERRISCH, *Cancun - was nun?*, *RIW*, 2004, p. 69 nonché M. PETER, *The Cancun Experience - Jolting the Pillars of the WTO at its 5th Ministerial Conference*, *ZEuS*, 2003, p. 619.

tutto i prodotti italiani agro-alimentari ad essere imitati o contraffatti sui mercati internazionali. Orbene, mentre i meccanismi tecnico-giuridici istituiti in sede comunitaria a tutela delle indicazioni geografiche di tali prodotti si sono rivelati efficienti, gli strumenti di difesa finora introdotti a livello internazionale, per tutelare il patrimonio delle tipicità alimentari soprattutto europee contro l'agropirateria e la contraffazione organizzata, si sono, invece, dimostrati carenti e inefficaci². È necessario, quindi, insistere nell'avvio di adeguate iniziative per migliorare la protezione delle indicazioni geografiche anche se il deludente esito della Conferenza di *Cancun* ha messo in evidenza le difficoltà che si oppongono all'istituzione di un affidabile regime internazionale di protezione. In prosieguo, dopo l'analisi del sistema di protezione oggi applicabile in materia di indicazioni geografiche, elaboreremo alcune proposte relative ai meccanismi di tutela che potrebbero essere introdotti a livello internazionale.

B. Scopo e ragione della tutela delle indicazioni geografiche³

Come è noto, le indicazioni geografiche hanno lo scopo di segnalare l'origine geografica dei prodotti, così come i marchi ne indicano l'origine commerciale. Inizialmente la corretta indicazione geografica dei prodotti costituiva una forma di difesa contro gli usi sleali e ingannevoli. Era evidente però che tale forma di difesa, non conferendo alcun diritto positivo ma soltanto la facoltà di agire contro l'uso sleale delle indicazioni geografiche, era molto meno efficace di quella accordata dalla titolarità dei marchi (protezione proprietaria)⁴. In effetti, all'inizio del XX secolo, alcuni Paesi, primo fra tutti la Francia, hanno sviluppato specifici meccanismi giuridici al fine di proteggere le indicazioni d'origine, che venivano assimilate ai marchi, rendendone possibile la registrazione. In tal modo venne conferito a determinati soggetti giuridici il diritto di inibire a terzi l'uso indebito delle indicazioni d'origine una volta registrate. Dal punto di vista economico apparve ben presto evidente che tale protezione non poteva essere estesa a tutti i tipi di denominazioni geografiche. Di conseguenza, nell'ordinamento giuridico francese, contestualmente al consolidamento della tutela giuridica, fu introdotta la distinzione tra le indicazioni geografiche in generale (indicazioni geografiche di provenienza cosiddette semplici) e le denominazioni d'origine, vale a dire le indicazioni che oltre a segnalare una determinata origine geografica dei prodotti, ne dovevano garantire anche le specifiche caratteristiche qualitative.

² V. G. M. BERRISCH, *Cancún - was nun?*, cit. supra, nota 1, p. 72-73.

³ A tale proposito cfr. C. HEATH, *Indicazioni geografiche e Accordo di Lisbona*, in *Il Diritto industriale*, 2003, p. 235.

⁴ Cfr. C. HEATH, *Indicazioni geografiche e Accordo di Lisbona*, loc. cit., p. 235.

Solo a queste ultime fu conferita una tutela proprietaria. Come successivamente vedremo, tale distinzione è stata in parte ripresa anche negli Accordi conclusi a livello internazionale, nonché nella regolamentazione comunitaria.

C. La tutela delle indicazioni geografiche in sede internazionale e comunitaria

I. LE CONVENZIONI INTERNAZIONALI E GLI ACCORDI BILATERALI IN MATERIA DI TUTELA DELLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE

Le indicazioni geografiche sono state oggetto di diversi interventi normativi in sede internazionale. Le principali fonti convenzionali sono la Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale del 1883⁵, l'Accordo di Madrid sulle indicazioni di provenienza false e fallaci del 1891⁶ nonché la Convenzione di Lisbona per la protezione e la registrazione internazionale delle denominazioni di origine del 1958⁷. Per il settore dei vini è stato istituito, nel 1924, l'Ufficio internazionale della vite e del vino⁸. Da tali Accordi sono derivati i caratteri essenziali della disciplina di tutela delle indicazioni geografiche successivamente ripresa nell'ordinamento comunitario. Ciò premesso, passiamo ora rapidamente in rassegna le fonti internazionali mettendo in rilievo la tutela da esse conferite⁹.

1. *La Convenzione di Parigi*

La Convenzione di Parigi del 1883, per la protezione della proprietà industriale, ripetutamente modificata¹⁰, ha conferito per la prima volta una tutela di natura proprietaria rientrante nella disciplina della proprietà industriale (cfr. art. 1, par. 2) sia ai titolari delle *indicazioni di provenienza* sia a quelli delle *denominazioni d'origine* per quanto riguarda la totalità dei prodotti, tanto agro-alimentari quanto non agro-alimentari. Tale Convenzione ha introdotto il principio del trattamento nazionale, vale a dire dell'equo tratta-

⁵ Cfr. versione approvata a Stoccolma nel 1967, regolarmente ratificata in Italia con legge n. 28 aprile 1976, n. 424.

⁶ L'Accordo di Madrid, successivamente modificato, è stato ratificato in Italia con d.p.r. 12 giugno 1950, n. 865. Cfr. inoltre l'ultima versione dell'Accordo di Madrid approvata a Lisbona il 31 ottobre 1958.

⁷ Cfr. versione approvata a Stoccolma nel 1967, regolarmente ratificata in Italia con legge 4 luglio 1967, n. 676.

⁸ L'Office International de la Vigne et du Vin (OIV), cfr. anche le informazioni fornite sul sito internet di tale organizzazione, <http://www.oiv.int/fr/index.html>.

⁹ Su questo argomento cfr. anche Cfr. L. SORDELLI, *Indicazioni geografiche e denominazioni di origine nella disciplina comunitaria*, in *Il Diritto Industriale*, 1994, p. 837, 839.

¹⁰ Riveduta a Madrid il 15 aprile 1891, a Bruxelles il 14 dicembre 1900, all'Aja il 6 novembre 1925, a Londra il 2 giugno 1934 e a Lisbona il 31 ottobre 1958.

mento, stabilendo che i cittadini di ciascuno dei Paesi aderenti, come pure i cittadini in essi domiciliati, godono in tutti gli altri Paesi aderenti, per quanto riguarda la protezione della proprietà industriale, della protezione ivi prevista (cfr. art. 2, par. 1). Tuttavia, la tutela istituita dalla suddetta Convenzione, almeno inizialmente, fu poco efficace, innanzitutto per mancanza di definizioni comuni. Per di più, agli inizi la tutela fu limitata ai casi in cui la falsa indicazione di origine veniva utilizzata come nome commerciale indebito o per perseguire un intento fraudolento¹¹. Soltanto successivamente furono apportate modifiche che ampliarono, in parte, la protezione delle indicazioni geografiche, obbligando gli Stati aderenti a prendere provvedimenti adeguati (cfr. art. 10 in relazione all'art. 9) anche contro la concorrenza sleale (cfr. art. 10 *bis*). Bisogna però riconoscere che neanche tali modifiche si rivelarono veramente efficaci.

2. *L'Accordo di Madrid*

Successivamente alla Convenzione di Parigi fu concluso nel 1891, tra i Paesi aderenti alla Convenzione medesima, l'Accordo di Madrid sulle indicazioni di provenienza false e fallaci (più volte modificato)¹². Neanche tale Accordo, nella sua versione iniziale, è stato comunque in grado di conferire una protezione efficace alle indicazioni geografiche. Tuttavia, grazie alle successive modifiche¹³, è stato possibile migliorarne i meccanismi tecnico-giuridici destinati a reprimere gli atti di concorrenza sleale operando una distinzione tra la tutela delle indicazioni di provenienza e quella delle indicazioni *ingannevoli*¹⁴. In effetti, l'Accordo, nella versione riveduta a Lisbona nel 1958, impegna i Paesi aderenti a vietare il commercio di qualsiasi prodotto recante una falsa o *ingannevole* indicazione di provenienza, con la quale venisse indicato uno dei Paesi aderenti, direttamente o indirettamente (ad es. con le espressioni: «sistema» o «tipo»), come Paese o come luogo d'origine (cfr. art. 1, par. 1). Inoltre l'Accordo di Madrid impegna i Paesi aderenti a vietare la commercializzazione di un prodotto recante un'indicazione di carattere pubblicitario riportata nelle comunicazioni commerciali (ad. es. su insegne, annunci, fatture, carte dei vini, lettere o documenti commerciali, cfr. art. 3 *bis*) che sia tale da trarre in inganno il pubblico circa la provenienza del prodotto medesimo.

Occorre aggiungere che nel sistema istituito dall'Accordo di Madrid, «i tribunali di ciascun paese» sono competenti a decidere quali siano le denomina-

¹¹ Cfr. C. HEATH, *Indicazioni geografiche e Accordo di Lisbona*, cit. *supra*, nota 3, p. 235, 238.

¹² Riveduto a Washington il 2 giugno 1911, all'Aja il 6 novembre, 1925, a Londra il 2 giugno 1934 e a Lisbona il 31 ottobre 1958 e con l'aggiunta nel 1967 dell'Atto addizionale di Stoccolma.

¹³ L'Accordo di Madrid è stato riveduto a Washington il 2 giugno 1911, all'Aja il 6 novembre, 1925, a Londra il 2 giugno 1934 e a Lisbona il 31 ottobre 1958.

¹⁴ Infatti, il testo attualmente vigente dell'Accordo di Madrid si intitola «Accordo di Madrid sulla repressione delle indicazioni di provenienza false o ingannevoli».

zioni che per il loro carattere generico non godono della tutela conferita dalle disposizioni dell'Accordo stesso. Solo per i vini tale potere *non* è previsto (cfr. art. 4). Ciò significa che in tale sistema, con l'eccezione del settore dei vini, i giudici nazionali hanno il potere di decidere quale denominazione di un Paese aderente all'Accordo sia suscettibile di essere riconosciuta all'interno del proprio ordinamento. Tale regola fu considerata un indice di debolezza del sistema, dato che una denominazione di origine, protetta in un determinato Paese, potrebbe essere considerata generica in un altro Paese aderente.

3. *La Convenzione di Lisbona*

I cambiamenti di carattere economico successivamente intervenuti, che hanno sensibilmente modificato le regole del commercio internazionale, hanno condotto nel 1958 alla conclusione della Convenzione di Lisbona, attualmente vigente nella versione adottata a Stoccolma nel 1967. Tale Convenzione ha istituito l'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI). Quanto alle denominazioni d'origine, la Convenzione di Lisbona ha stabilito regole precise per la loro protezione fondandola sulla registrazione internazionale delle denominazioni da proteggere. Bisogna in effetti riconoscere che le denominazioni di origine geografica dei prodotti, con particolare riferimento ai prodotti agro-alimentari, sono state oggetto in sede internazionale di una disciplina organica e sistematica soltanto con la Convenzione di Lisbona.

Considerati i problemi sopra segnalati, l'obiettivo era sostanzialmente quello di impedire che un qualsiasi Paese aderente potesse decidere unilateralmente sulla genericità di un'indicazione geografica. Occorreva quindi riservare una tale decisione al solo Paese aderente nel quale l'indicazione aveva avuto origine¹⁵. In più, tale Convenzione ha, per la prima volta a livello internazionale, introdotto definizioni comuni, migliorando sensibilmente il sistema di tutela. L'art. 2, par. 1 stabilisce infatti che per denominazione d'origine si intende la denominazione geografica di un Paese, di una regione o di una località designante un prodotto o bene che ne è originario e le cui qualità o caratteristiche sono dovute esclusivamente o essenzialmente all'ambiente geografico, comprendente fattori naturali o fattori umani. La denominazione d'origine ha quindi la funzione di individuare le qualità, ossia le caratteristiche qualitative del prodotto, e ad essa viene annesso un significato individuativo del prodotto in conseguenza dell'apprezzamento che il nome geografico riscuote nel Paese originario¹⁶. In più, una volta che la denominazione d'origine è stata registrata, essa non potrà essere considerata generica per la durata della sua registrazione (art. 6).

¹⁵ Cfr. C. HEATH, *Indicazioni geografiche e Accordo di Lisbona*, cit. supra, nota 3, p. 235, 239.

¹⁶ Cfr. L. SORDELLI, *Indicazioni geografiche e denominazioni di origine nella disciplina comunitaria*, cit. supra, nota 9, p. 837, 839.

Il testo della Convenzione di Lisbona impegna ogni Paese aderente a proteggere, sul proprio territorio, le denominazioni d'origine degli altri Paesi aderenti nei quali le stesse sono riconosciute e protette contro qualsiasi usurpazione o imitazione, inclusi i casi in cui venga fatto riferimento all'origine vera del prodotto nonché quelli in cui la denominazione predetta viene tradotta o accompagnata da espressioni quali «genere», «metodo», «alla maniera», «imitazione», o simili.

4. *L'Ufficio internazionale della vite e del vino*

Per quanto riguarda i vini, è stato istituito l'Ufficio internazionale della vite e del vino (in seguito U.i.v.) con sede a Parigi. Esso svolge una funzione tecnica di indirizzo molto utile per disciplinare la delicata materia delle denominazioni d'origine dei vini. L'U.i.v. è un'organizzazione internazionale di natura scientifica e tecnica nel campo della vite e dei prodotti vinicoli istituita nel 1924 da un Accordo internazionale stipulato inizialmente tra la Spagna, la Francia, la Grecia, l'Ungheria, l'Italia, il Lussemburgo, il Portogallo e la Tunisia. Successivamente a tale Accordo hanno aderito numerosi altri Stati. Dato che l'adesione di 47 nuovi Stati ha reso necessaria la ristrutturazione di tale organismo per adattarlo alle esigenze del settore vitivinicolo mondiale, la quarta sessione del Congresso internazionale degli Stati aderenti, tenutasi il 3 aprile 2001, ha approvato un nuovo Accordo che istituisce «l'Organizzazione internazionale della vite e del vino». Gli obiettivi principali sono, tra l'altro, l'introduzione di regole internazionali armonizzate volte al miglioramento della produzione e del sistema di vendita dei prodotti vinicoli avendo riguardo tanto all'interesse dei consumatori quanto a quello dei produttori.

5. *Gli Accordi bilaterali*

Nonostante l'applicazione delle regole sopra descritte, i risultati raggiunti non sono stati agli inizi molto incoraggianti. E ciò anche in conseguenza del fatto che inizialmente pochi Paesi erano parte dei suddetti accordi e convenzioni internazionali. Per questo sono sorti numerosi problemi, specie per quanto riguarda i prodotti agro-alimentari, inclusi i prodotti vinicoli¹⁷.

¹⁷ La situazione era soprattutto sfavorevole in Francia; in effetti la possibilità di poter continuare a utilizzare le denominazioni «champagne» e «cognac» fu uno dei motivi che ha indotto la Germania a non aderire all'Accordo di Madrid.

Data l'incompletezza della tutela giuridica, alcuni Paesi, tra cui l'Italia¹⁸, fecero ricorso – per tutelare i propri interessi nonché i propri prodotti di qualità – agli accordi bilaterali. Questi accordi erano prevalentemente basati sul reciproco riconoscimento delle denominazioni geografiche a condizione che le stesse fossero protette nel Paese d'origine, aderente all'Accordo. Inoltre, negli Accordi bilaterali venne accolto il principio secondo cui le leggi del Paese d'origine dovessero regolare le questioni relative agli aspetti tecnici connessi al riconoscimento della titolarità delle denominazioni (ad esempio, se la denominazione debba essere considerata come generica o descrittiva)¹⁹.

II. I REGOLAMENTI COMUNITARI IN MATERIA DI TUTELA DELLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE

All'interno della Comunità europea hanno trovato applicazione discipline specifiche tanto per quanto riguarda la tutela delle denominazioni dei vini, quanto per quanto riguarda la tutela delle denominazioni dei prodotti agro-alimentari.

Prendiamo innanzitutto in esame la disciplina relativa ai vini e successivamente quella relativa ai prodotti agro-alimentari

1. *La protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vinicoli*

Prima dell'ultima riforma, introdotta con il regolamento Ce n. 1493/99, l'organizzazione comune di mercato del vino (Ocm-Vino) è stata sostanzialmente disciplinata dal regolamento n. 822/87 Cee²⁰ mentre il settore dei vini di qualità prodotti in regioni determinate (v.q.p.r.d.), è stato disciplinato dal regolamento n. 823/87 Cee²¹ e successive modifiche. Questi regolamenti Ce sono stati abrogati dal citato regolamento (Ce) n. 1493/1999 del 17 maggio 1999 relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo²². Il nuovo regolamento sul vino contiene ora sia la disciplina dell'Ocm-Vino sia quella relativa ai vini di qualità (v.q.p.r.d.).

Consapevole che lo sviluppo di una politica di qualità nel settore agricolo e, in particolare, nel settore vitivinicolo, non può che contribuire al miglioramento delle condizioni del relativo mercato, la Comunità europea, con il

¹⁸ Ad esempio, l'Italia ha stabilito accordi bilaterali sulla denominazione dei prodotti agricoli ed alimentari con Francia (29 maggio 1948 e 28 aprile 1964), Austria (1° febbraio 1952), Repubblica federale di Germania (23 luglio 1963), Spagna (9 aprile 1975).

¹⁹ Cfr. C. HEATH, *Indicazioni geografiche e Accordo di Lisbona*, cit. supra, nota 3, p. 235, 240.

²⁰ In *Guce* n. L 84 del 27 marzo 1987, p. 1.

²¹ *Ivi*, p. 59.

²² In *Guce* n. L 179 del 14 luglio 1999, p. 1.

nuovo regolamento, ha insistito nella tutela giuridica delle denominazioni geografiche.

Quanto all'utilizzo di tali denominazioni, l'art. 48 del regolamento n. 1493/99 (Ce) stabilisce che la designazione, la presentazione e la pubblicità dei prodotti vinicoli non devono essere erronee e tali da creare confusione o indurre in errore i consumatori. Ciò vale anche qualora tali informazioni sull'origine geografica siano utilizzate in traduzione ovvero indichino la provenienza effettiva del prodotto oppure siano corredate di menzioni quali: genere, tipo, metodo, imitazione, marchio o simili.

Con riguardo agli obblighi scaturiti dall'Accordo TRIPS, il citato regolamento (Ce) n. 1493/99 impegna gli Stati membri ad adottare tutte le misure necessarie al fine di impedire, secondo le condizioni previste dagli artt. 23 e 24 dell'Accordo TRIPS, l'utilizzazione scorretta nella Comunità di un'indicazione geografica per prodotti non originari del luogo designato.

2. *La protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti agro-alimentari*²³

La protezione delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche di provenienza relative ai prodotti agricoli e ai prodotti alimentari come ad es. i salumi, i formaggi, i prodotti della panetteria e della pasticceria etc. è stata introdotta in sede comunitaria dal regolamento 14 luglio 1992 n. 2081/92. Tale regolamento appare chiaro nella sua struttura e presenta una ragionevole ed equilibrata corrispondenza tra gli obiettivi perseguiti e gli strumenti impiegati per realizzarli. Questo regolamento intende espressamente favorire lo sviluppo delle zone rurali e delle popolazioni che vivono in tali zone esercitando attività legate all'agricoltura e alla trasformazione dei prodotti agricoli. Esso agevola il raggiungimento di tali obiettivi stimolando specifiche produzioni in zone determinate e geograficamente delimitate, proprio allo scopo di favorire le zone rurali nelle quali si esercitano le attività tradizionali volte a produrre i prodotti di qualità che saranno tutelati in via esclusiva mediante le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche protette.

Le finalità perseguite dalla Comunità europea, con l'adozione del regolamento n. 2081/92, sono essenzialmente quelle di valorizzare la qualità dei prodotti provenienti da zone geografiche determinate allo scopo di favorire le popolazioni che in tali zone svolgono la loro attività. Da qui la necessità di registrare ufficialmente soltanto denominazioni legate in modo specifico a tali

²³ Cfr. F. CAPELLI, *La tutela delle denominazioni dei prodotti alimentari di qualità*, in questa *Rivista*, 1998, p. 531; ID., *La protezione giuridica dei prodotti agro-alimentari di qualità e tipici in Italia e nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2001, p. 177; A. H. MEYER - B. KLAUS, *Kommt Parmesan-Käse aus Parma und Umgebung? - Das EuGH-Urteil "Parmigiano Reggiano" im Kontext der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Schutz von Herkunftsangaben durch die VO 2081/92/EWG*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003, p. 553.

zone con la conseguenza che le denominazioni suddette dispiegano un'efficacia limitata ad una cerchia ristretta di produttori con effetti preclusivi nei confronti di qualunque prodotto che non soddisfi le condizioni fissate nel regolamento medesimo.

Quanto alle indicazioni geografiche protette, il regolamento n. 2081/92 introduce due diverse definizioni distinguendo tra denominazioni d'origine protetta (DOP) e indicazioni geografiche protette (IGP), a seconda del nesso più o meno stretto tra le caratteristiche del prodotto e la sua origine geografica. Entrambe le indicazioni godono, comunque, dello stesso livello di protezione giuridica.

L'art. 2, par. 2, lett. *a.* del regolamento Cee n. 2081/92 fornisce la nozione di «denominazione d'origine». Da tale disposizione si desume che un prodotto agricolo od alimentare per beneficiare di una denominazione d'origine protetta (DOP) deve soddisfare due condizioni principali: la produzione del prodotto di base e qualsiasi ulteriore trasformazione ed elaborazione a cui lo stesso verrà sottoposto devono avvenire nella zona geografica indicata e le caratteristiche del prodotto devono dipendere dall'ambiente geografico di origine ivi compreso il fattore umano. I prodotti recanti una denominazione d'origine protetta (DOP) vengono dunque valorizzati proprio per il forte rapporto esistente tra le loro caratteristiche qualitative e la loro origine geografica.

L'art. 2, par. 2, lett. *a.* del regolamento Cee n. 2081/92 fornisce anche la nozione di «indicazione geografica protetta». Secondo tale disposizione un prodotto agricolo o alimentare per poter beneficiare di un'indicazione geografica protetta (IGP) deve essere stato sottoposto, all'interno della zona geografica indicata nella IGP, ad almeno uno dei seguenti processi: produzione, trasformazione od elaborazione e deve sussistere un qualche collegamento tra le caratteristiche del prodotto e la sua origine geografica.

La protezione di tali indicazioni diventa operante a partire dalla loro registrazione a livello comunitario.

Per rendere possibile la tutela delle denominazioni dei prodotti alimentari registrati in sede comunitaria il regolamento n. 2081/92 vieta a qualunque produttore non legittimato, nella commercializzazione dei suoi prodotti, non solo di utilizzare ma anche semplicemente di imitare o di evocare la denominazione registrata e protetta (cfr. art. 13).

III. L'ACCORDO SUGLI ASPETTI DEI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE ATTINENTI AL COMMERCIO (TRIPS)

1. *La tutela delle indicazioni geografiche in generale*

La disciplina delle indicazioni e delle denominazioni geografiche dei prodotti e in particolare dei prodotti agro-alimentari (inclusi i vini) è stata

successivamente ripresa, nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio (OCM), dagli Accordi di Marrakesh del 1994 recepiti in sede comunitaria e, anche in Italia²⁴, in seguito al riconoscimento della loro crescente rilevanza²⁵. L'accordo TRIPS costituisce un importante pilastro nel sistema dell'OMC, in quanto disciplina per la prima volta tutti gli aspetti della proprietà intellettuale, tra i quali le indicazioni di provenienza, nel testo di un unico Accordo internazionale. L'accordo TRIPS contiene sia le norme del diritto materiale in tutti i settori da esso regolamentati sia le norme sul diritto di procedura e sulla tutela dei diritti, fissando inoltre regole precise sulle misure da adottare contro la falsificazione e la pirateria.

L'accordo TRIPS ha fornito una definizione comune del termine indicazione geografica che viene intesa come riferita alle «indicazioni che identificano un prodotto come originario del territorio di un Membro, o di una regione o località di detto territorio, quando una determinata qualità, la notorietà o altre caratteristiche del prodotto siano essenzialmente attribuibili alla sua origine geografica». Da ciò può dedursi che la funzione legalmente protetta come nell'Accordo è precisamente quella di identificare un prodotto, non in quanto proveniente da una determinata impresa – come sarebbe nel caso del marchio – ma da un'area geografica che per un insieme di circostanze, non necessariamente legate ad uno *standard di qualità* superiore, concorra a determinare comunque una componente del prodotto (una qualità, la notorietà o una qualche altra caratteristica) che ne permetta la individualizzazione da parte del consumatore e quindi ne possa liberamente orientare le scelte d'acquisto²⁶.

Per quanto riguarda la protezione stabilita dall'Accordo TRIPS, l'art. 22, par. 2 obbliga i Paesi aderenti a creare i necessari strumenti legali in favore delle parti interessate al fine di impedire l'uso, nella designazione o presentazione di un prodotto, di ogni elemento che indichi o suggerisca un'area geografica diversa dal vero luogo d'origine in modo tale da ingannare il pubblico. Viene pure vietato qualsiasi uso che costituisca un atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 10 *bis* della Convenzione di Parigi (1967).

2. *La tutela delle indicazioni geografiche per i vini*

Per quanto riguarda le indicazioni geografiche per i vini e gli alcolici, l'Accordo TRIPS prevede una protezione aggiuntiva (cfr. art. 23). In particolare, a parte la disciplina delle omonimie, la cui esistenza viene espressamente riconosciuta dall'Accordo stesso, i titolari delle denominazioni potranno impedire a terzi l'uso di un'indicazione geografica per designare vini o liquo-

²⁴ Dlgvo n. 198 del 19 marzo 1996.

²⁵ Cfr. S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i GATT-TRIPS*, Padova, Cedam, 1996, p. 47 ss.

²⁶ Cfr. S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale*, loc. cit., p. 52.

ri che non abbiano la loro origine nei luoghi indicati dall'indicazione geografica, se tale uso può ingannare il pubblico sull'effettivo luogo d'origine del prodotto anche se la vera origine è indicata ovvero se l'indicazione geografica è tradotta o è accompagnata da espressioni quali «genere», «tipo», «stile», «imitazione» o simili.

D. Alcune considerazioni sulla strategia da intraprendere per migliorare la tutela delle indicazioni geografiche

I. SULLA NECESSITÀ DI MIGLIORARE IL SISTEMA INTERNAZIONALE DI PROTEZIONE DELLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE

Da quanto in precedenza esposto si deduce che, mentre all'interno della Comunità europea per la tutela delle indicazioni geografiche riguardanti i vini ed altri prodotti agro-alimentari è stato istituito un regime tecnico-giuridico efficace, il regime adottato in sede internazionale è del tutto carente avendo l'Accordo TRIPS in gran parte rinviato la regolamentazione definitiva a future negoziazioni.

Questo stato di cose danneggia soprattutto i prodotti e i produttori italiani.

Come è noto, varie ricerche di mercato²⁷ hanno dimostrato, che i prodotti alimentari italiani sono oggetto di ampia imitazione nei Paesi extracomunitari, ed anche negli stessi Stati Uniti d'America. Tali ricerche hanno altresì rilevato che il riferimento all'Italia conferisce al prodotto un valore aggiunto tale da permettergli di essere collocato in una fascia di mercato più elevata consentendogli di raggiungere un posizionamento di prezzo superiore rispetto a un analogo prodotto *standard*.

In effetti, nel caso dei prodotti alimentari, le imprese extraeuropee utilizzano segni, indicazioni (ad esempio: bandiera di uno Stato europeo) facendo passare intenzionalmente i loro prodotti per europei. Quanto al mercato americano è interessante notare che, relativamente al totale delle imitazioni, i settori riferiti a: «Pizza», «Salse e condimenti», «Cibi pronti» e «Formaggi» registrano i valori più alti nel mercato dei prodotti di imitazione. Situazioni analoghe si riscontrano in altri mercati. Così sono stati utilizzati prodotti contrassegnati con le indicazioni «Jambon italien», «Mortadella italiana» e «Pancetta italiana di Felino» per commercializzare in Malesia prodotti non italiani ma *francesi*. È davvero allarmante che la Francia, che si è impegnata a promuovere i prodotti italo-francesi sui mercati internazionali sulla base dell'accordo ICE-SOPEXA, non arrivi a vietare che imprese francesi contrabbandino i loro prodotti come italiani.

²⁷ Cfr., ad es., la ricerca eseguita da INDICOD sull'imitazione dei prodotti alimentari italiani negli Stati Uniti a cura di Nomisma nel luglio 2003.

II. *Alcune proposte per risolvere i problemi*

Probabilmente alcuni risultati potrebbero essere ottenuti migliorando le norme sulla tutela delle indicazioni geografiche già previste agli artt. 22 ss. dell'Accordo TRIPS.

Le azioni di difesa da introdurre contro l'imitazione di prodotti alimentari europei, ad opera di imprese ubicate nei Paesi extraeuropei, sono diverse rispetto a quelle che si potrebbero avviare per contrastare la contraffazione di altri prodotti industriali europei che avvenissero negli stessi Paesi.

Nel caso dei prodotti industriali, diversi dagli alimentari, mediante la contraffazione le aziende extraeuropee fanno passare per propri i prodotti europei ed italiani da essi contraffatti.

Nel caso dei prodotti alimentari, invece, le imprese extraeuropee utilizzano segni e indicazioni cercando intenzionalmente di far credere ai loro consumatori che detti prodotti provengano da un determinato Paese europeo e in particolare dall'Italia. In altre parole: nel primo caso le imprese extraeuropee fanno passare per loro prodotti quelli nostri (copiati dai nostri); nel secondo caso fanno invece passare per nostri quelli fabbricati da loro.

Pur perseguendo le imprese extraeuropee in entrambi i casi obiettivi commercialmente scorretti e illegali, le azioni di difesa contro di esse, che occorre porre in essere, sono diverse. Ne consegue che la difesa dei prodotti europei deve essere condotta con una strategia diversa in ciascuno dei due casi appena indicati.

Per quanto riguarda i prodotti alimentari occorre, a nostro avviso, procedere come segue.

All'art. 22 dell'Accordo sui TRIPS che fa riferimento alle denominazioni di origine, occorrerebbe aggiungere un paragrafo (n. 5) del seguente tenore:

«Gli Stati aderenti [al WTO] si impegnano a far rispettare i principi di correttezza commerciale da parte delle imprese che operano all'interno dei loro territori.

In particolare gli Stati aderenti si impegnano a vietare alle imprese operanti sul loro territorio di utilizzare intenzionalmente, sull'imballaggio e sulle confezioni, segni, figure o simboli (come la bandiera nazionale di uno Stato aderente) allo scopo di ingannare il consumatore facendogli credere che il prodotto posto in vendita proviene da un Paese diverso da quello nel quale è stato invece effettivamente fabbricato.

Le imprese appartenenti ad un gruppo multinazionale, operanti a livello internazionale, direttamente od a mezzo di società controllate, che fabbricano in un determinato Stato aderente prodotti identici o sostanzialmente simili a quelli fabbricati in

altro Stato aderente dalla società capogruppo, sulla base di specifiche tecniche e know-how di proprietà della capogruppo medesima, potranno, sugli imballaggi e sulle confezioni, segnalare la propria appartenenza al gruppo multinazionale e indicare che i prodotti sono stati fabbricati nel rispetto delle predette specifiche tecniche. Gli Stati aderenti si impegnano, in caso di violazione del divieto, a sanzionare in modo adeguato l'impresa o le imprese che abbiano commesso la violazione».

A questo proposito è bene ricordare che il codice penale italiano punisce in modo severo queste forme di scorrettezza commerciale. In particolare l'art. 517 del codice penale stabilisce che:

«Chiunque pone in vendita o mette altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri, atti a indurre in inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità dell'opera o del prodotto, è punito, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 1.032».

Poiché si tratta di far osservare un principio di correttezza commerciale, tutti gli Stati dovrebbero essere d'accordo (anche quelli extraeuropei). Tutti gli Stati, infatti, potrebbero trovarsi in una delle situazioni sopra descritte.

Fausto Capelli
Barbara Klaus*

* Avvocato in Bamberg (Germania) e in Milano.

RECENSIONI

Bruno Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, pp. XXXI-1284, corredato di appendice legislativa in cd-rom, € 110,00

Nella letteratura giuridica sul «diritto degli stranieri», si segnala il volume collettaneo qui recensito, curato da un grande esperto del settore (Nascimbene) cui egli si dedica da un ventennio e da un qualificato gruppo di studiosi (Bonetti, Casadonte, Castelvetti, Citti, Gualandi, Lang, Ludovico, Marando, Melica, Miazzi, Neri, Pastore, Zorzella).

Oggetto dell'indagine è la ricostruzione del trattamento generale dello straniero attraverso la definizione dei suoi diritti e doveri fondamentali alla luce della sostanziale indivisibilità dei diritti della persona, criterio informatore o presupposto di ogni misura di garanzia sia preventiva che repressiva. Il tutto sulla base di una nozione di sicurezza nazionale in cui gli immigrati clandestini rilevino, al tempo stesso, nella loro dimensione umana ed umanitaria e nelle loro potenzialità di minaccia all'ordine pubblico dello Stato italiano che postula più rigorosi controlli degli ingressi e delle frontiere esterne soprattutto in seguito all'entrata in vigore degli Accordi di Schengen. Una tutela dello straniero rispetto alla quale, come viene ampiamente sottolineato nell'Introduzione, emerge l'impossibilità di prescindere da una dimensione di coordinamento nazionale, comunitario ed internazionale.

La ricostruzione viene effettuata con particolare linearità di indagine sforzandosi di rendere sistematici una pluralità di testi normativi non sempre improntati ad una considerazione unitaria dell'immigrazione e della condizione dello straniero. Infatti anche se il Costituente, ancor prima della novella costituzionale n. 3 del 18 dicembre 2001 («Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione») all'art. 117 (lett. b), aveva assicurato uno *status* costituzionale alla tutela dello straniero (art. 10, comma secondo), con un rinvio alla legge ordinaria, il nostro legislatore, per lungo tempo, ha informato i suoi interventi alla mancanza di un disegno organico come testimonia l'uso e l'"abuso" del decreto legge (a partire dalla legge 30 dicembre 1986, n. 943). Solo recentemente e, sia pure sotto l'effetto di una sempre più spiccata emergenza del fenomeno dell'immigrazione clandestina (e del terrorismo marittimo), gli interventi del legislatore italiano si inquadrano, invece, in una considerazione generale dell'*universo* delle problematiche legate allo stranie-

ro, come testimonia il d.l. 25 luglio 1998 n. 286 («Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero») con successive integrazioni e modifiche tra cui la l. 30 luglio 2002 n. 189 («Modifica della normativa in materia di immigrazione e di asilo»). Il tutto anche alla luce di una significativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa, in particolare, all'applicazione dell'art. 4 del Protocollo 4 ed all'art. 1 del Protocollo alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Ma, altresì, di una crescente attenzione della Corte costituzionale italiana, come testimoniano, da ultime, le motivazioni contenute nella sentenza 18 dicembre 2003-13 gennaio 2004, n. 5.

Nell'ampia Introduzione, curata dal coordinatore (pp. I-LIV), si precisano i vincoli derivanti dalle norme di diritto internazionale e comunitario rispetto al quadro delle norme nazionali in cui specificamente si sostanzia il diritto degli stranieri.

Nell'opera, articolata in otto capitoli, ci si uniforma, conformemente all'art. 117, lett. a, della Costituzione, alla *summa divisio* segnata dallo statuto differenziato dei cittadini appartenenti all'Unione europea (comunitari) o ad essa non appartenenti (c.d. extracomunitari), con una trattazione distinta della condizione giuridica degli stranieri e delle politiche migratorie (capitoli I-II-III-IV-V-VI) rispetto a quella dei rifugiati o richiedenti asilo politico (capitolo VII) e dell'ingresso e soggiorno in Italia dei cittadini comunitari (capitolo VIII).

La complessiva trattazione, per sua natura molto articolata, rappresenta senz'altro un'innovazione rispetto a pregresse ricostruzioni di tipo unitario fondate sulla considerazione "monolitica", dedicata dall'art. 10, comma secondo della Costituzione alla condizione giuridica dello straniero. Impostazione divenuta non più esaustiva in ragione dell'impatto della nuova normativa costituzional-ordinaria ma anche dell'evoluzione subita dalle norme internazionali e comunitarie. Un'evoluzione destinata, a mio avviso, ad ulteriori sviluppi per effetto della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, in vigore dal settembre 2003, che, com'è noto, annovera anche Protocolli sul traffico illecito di persone e di migranti o delle ricadute dell'azione internazionale del Comitato contro il terrorismo del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite che ha identificato, tra gli altri, nel controllo dell'immigrazione uno strumento di contrasto del terrorismo. Ma anche un'evoluzione fortemente legata alla comunitarizzazione subita dalla materia dei «visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone», a partire dal Trattato di Amsterdam (titolo IV), senza dimenticare gli ulteriori sopravvenuti interventi di specificazione, nell'ordinamento italiano, dei contenuti della l. n. 189/2002 (come testimonia il Decreto interministeriale del 14 luglio 2003- «Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina»).

In conclusione il volume qui recensito appare contrassegnato da risultati

descrittivi ed analitici di tale portata da renderlo di carattere manualistico. Un manuale corredato, invero, di un'appendice normativa (sia sulle norme di base e di carattere generale, sia sulle disposizioni di integrazione ed esecuzione) in versione informatica che, nell'assicurare una considerevole completezza documentale, supporta l'ampiezza ricostruttiva. Infine un manuale che, nel sintetizzare la multi-settorialità dei profili trattati con l'organicità ed unitarietà del piano dell'opera, risulterà di grandissima utilità non solo per gli studiosi della disciplina ma anche per gli operatori giuridici, quotidianamente impegnati nella pratica applicazione della stessa.

Angela Di Stasi

Maria Rita Saulle, *Lezioni di organizzazione internazionale*, volume II, *Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2 ed., 2003, pp. 1-428, € 34,00

Il volume costituisce l'edizione aggiornata delle *Lezioni di organizzazione internazionale*, vol. II, *I diritti umani e le organizzazioni internazionali*. Tra i numerosi criteri che hanno ispirato l'aggiornamento, l'Autore ha tenuto conto, anzitutto, della notevole visibilità e dell'accresciuta importanza assunta dalla tematica dei diritti dell'uomo nel corso dell'ultimo decennio, nonché dei più recenti strumenti internazionali elaborati in materia e dell'evoluzione della giurisprudenza dei *treaty bodies*. Ciò ha consentito altresì di mettere in luce il carattere dinamico della materia, specialmente evidente in alcuni specifici settori, quale quello della condizione femminile, dei minori, dei disabili, dei migranti. Infine, l'Autore si è dato cura di registrare e di segnalare alcuni processi di trasformazione dell'ordinamento italiano innescati da una più attenta e puntuale applicazione delle normative internazionali a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, e in particolare in materia di non discriminazione.

Il volume è articolato in sei capitoli. Il primo («Verso l'esercizio dei diritti») è principalmente dedicato al problema della posizione dell'individuo nel diritto internazionale. Dopo aver ripercorso puntualmente le argomentazioni della dottrina favorevoli e contrarie alla sua soggettività internazionale, l'Autore segnala un modo nuovo di affrontare la questione, «non già domandandosi, cioè, se esso sia o non sia soggetto di tale ordinamento» bensì «ponendosi il quesito sulla natura delle norme concernenti la tutela dei diritti fondamentali della persona». La pratica dimostra che, nel corso degli anni, le disposizioni riguardanti i diritti dell'uomo, quali quelle contenute nella Dichiarazione universale, hanno assunto natura di norme di *jus cogens*. La loro qualifica di norme imperative inderogabili consente a ciascuno Stato di pretendere il rispetto senza incorrere nel limite rappresentato dalla *domestic jurisdiction*. Alla luce di tale impostazione, è poi analizzato il processo di transizione

che dal concetto di tutela giuridica posta in essere dallo Stato a favore del singolo ha condotto a quello di esercizio dei diritti da parte dell'individuo nell'ordinamento internazionale. E ciò attraverso il consolidarsi di norme che hanno riconosciuto direttamente al singolo la possibilità di fare ricorso ad istanze internazionali, a tutela dei diritti violati.

I capitoli successivi sono dedicati ad alcuni specifici ambiti nei quali la tutela dei diritti fondamentali ha fatto registrare i progressi più interessanti o più recenti. Nel secondo capitolo («Dalla schiavitù alle nuove forme di schiavitù»), dopo aver rivisitato l'ambiente di idee che ha favorito la formazione di norme cogenti che vietano la schiavitù e la tratta degli esseri umani, l'Autore dedica ampio spazio all'analisi di un fenomeno di drammatica attualità, quale quello del traffico illecito di migranti, con particolare riguardo all'area del Mediterraneo. Tenuto conto anche delle più recenti normative europee, si auspica la conclusione di una convenzione internazionale che qualifichi come crimine internazionale il trasporto illecito e il commercio di persone. E ai crimini internazionali è dedicato il capitolo terzo («Diritti umani e crimini internazionali»), che dà conto dell'istituzione della Corte penale internazionale. Nell'analizzare le competenze ad essa affidate, l'Autore non manca di far emergere le luci e le ombre del negoziato, i nodi irrisolti e la sostanziale ostilità alla sua istituzione dimostrata da membri importanti della comunità internazionale.

Il quarto capitolo («I diritti umani in Europa») fa il punto sull'azione svolta a favore della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo da parte delle due più rilevanti organizzazioni europee, l'Unione europea e il Consiglio d'Europa. Lungo e faticoso è stato il cammino compiuto in ambito comunitario e forse non del tutto soddisfacente è il risultato al quale si è approdati. Come rileva l'Autore, «la Carta sulle libertà fondamentali comparata alla Convenzione Europea, insieme con la Carta sociale Europea è poca cosa», senza dimenticare che permane un conflitto latente tra la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo, che pure tenderebbero a creare uno spazio costituzionale europeo. «Non si tratta tanto di proporre un ampliamento della cerchia dei diritti fondamentali» quanto di aumentare la tutela dei diritti individuali a vantaggio dei cittadini europei. Per quanto concerne il Consiglio d'Europa, particolare attenzione è riservata alle modifiche del sistema di garanzia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, introdotte dal Protocollo n. 11, e all'applicazione della Convenzione nell'ordinamento italiano, tenuto conto della modifica dell'art. 111 della Costituzione e dell'approvazione della c.d. legge Pinto. Il capitolo è poi completato da un interessante inquadramento del diritto di migrare come diritto fondamentale, che legittima la richiesta di asilo anche ove questa si fondi su ragioni meramente economiche, nonché da un'ampia trattazione delle normative a tutela delle minoranze.

Il quinto e il sesto capitolo sono dedicati a tematiche sulle quali più direttamente l'Autore si è impegnato in prima persona, ricoprendo anche incarichi

istituzionali, e precisamente la condizione della donna («La condizione femminile: dalla storia all'attualità»), la bioetica, i minori, i disabili («Bioetica, minori, disabili»). Proprio a proposito dell'analisi delle garanzie offerte alle persone c.d. diversamente abili, si segnala il contenuto innovativo delle Regole *standard* sulle pari opportunità per i disabili, approvate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 48/96 del 20 dicembre 1993. Tali Regole hanno lo scopo di evidenziare i settori che consentono l'esercizio del diritto alla salute e degli altri diritti fondamentali e soprattutto la piena partecipazione alla vita sociale. Ciò comporta, tra l'altro, l'integrazione dei disabili nel sistema scolastico e nel mondo del lavoro, l'accesso all'informazione, alla cultura, alla religione, allo sport e l'attivazione di un sistema di sicurezza sociale. Oltre ai contenuti innovativi, le Regole *standard* presentano qualche elemento di interesse anche in relazione alla loro natura giuridica. Infatti, com'è precisato nel preambolo della predetta risoluzione, benché non siano vincolanti, tali Regole ambiscono a produrre effetti di ricaduta sia sull'*opinio iuris* degli Stati che sulla pratica internazionale e ad innescare un processo di formazione di norme consuetudinarie di contenuto conforme. Se è vero che le Regole *standard* sulle pari opportunità dei disabili costituiscono, come rileva l'Autore, una «sorta di anomalia giuridica», determinata dalla necessità di pervenire comunque ad un risultato concreto nonostante l'insuccesso di un negoziato che prevedeva l'elaborazione di una convenzione internazionale in materia, non è peraltro da ritenere che il concetto di norme *standard* sia di recente elaborazione. E al riguardo l'Autore non manca di compiere un pregevole approfondimento, che riguarda sia la definizione di tali norme che la loro natura giuridica.

Marinella Fumagalli Meraviglia

Stefano Bertozzi, *La Comunità europea di difesa - Profili storici, istituzionali e giuridici*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. XX-220, € 19,00

L'Europa comunitaria ha da poco celebrato il suo cinquantesimo anniversario: essa ha rappresentato il grande progetto del XX secolo e si presenta oggi come una rinnovata speranza per il nuovo secolo.

All'indomani del secondo conflitto bellico, il 9 maggio 1950, Robert Schuman, Ministro degli esteri francese, avviava un importante processo nell'ordine dei rapporti internazionali, proponendo a nazioni secolari e sovrane di ritrovare insieme quell'influenza che ciascuna di loro appariva ormai incapace di esercitare da sola.

In questo volume, l'Autore - funzionario presso l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa - conduce un'indagine di tipo storico-politico sulle vicende che hanno portato, agli inizi degli anni '50, al fallimento del progetto di

difesa europea, incentrato sulla realizzazione di una Comunità Europea di Difesa (CED), nonostante gli ampi consensi internazionali e il sostegno del governo americano.

Dopo una breve illustrazione del panorama internazionale alla fine della seconda guerra mondiale, vengono descritti gli atteggiamenti dei diversi attori di fronte ad un concreto progetto di integrazione europea a livello politico e i problemi connessi, quali quello del riarmo tedesco, lo scetticismo francese verso la creazione di una nuova formazione sovranazionale e il ruolo della diplomazia americana nel caldeggiare un'idea federale europea.

La seconda parte del volume affronta, più specificamente, gli sforzi condotti sul piano della costruzione di una politica di difesa, perseguita attraverso modelli diversi sia dai canoni classici delle organizzazioni internazionali, sia da quelli delle alleanze militari *stricto sensu*. Viene illustrato il *corpus* del Trattato CED e il clima avverso che accolse l'analisi del testo in Francia.

Con citazioni degli interventi dell'epoca, l'Autore fa risaltare l'incapacità degli Stati dell'Europa occidentale di esprimere una posizione comune e di procedere in modo coordinato su un tema tanto complesso, quale la difesa della propria integrità territoriale e, al contrario, la costanza ed il sostegno che gli Stati Uniti d'America offrirono al nostro Continente in un momento così cruciale.

Il saggio si chiude con un capitolo divisibile in due parti.

La prima descrive la serie di concitati eventi che condussero a mutilare gravemente l'intelaiatura della struttura della Comunità Europea di Difesa, tanto da sancirne definitivamente il fallimento, sia in sede internazionale durante la conferenza di Bruxelles del 1954, sia il 30 agosto 1954 a Palazzo Borbone, sede dell'Assemblea Nazionale francese.

Le vicende che hanno portato alla bocciatura della CED determinarono, come è noto, un lungo periodo di stasi nelle iniziative a favore dell'allargamento al settore politico-militare dell'esperienza d'integrazione avviata con la Ceca. Per converso, ne hanno stimolato l'allargamento "orizzontale" ad altri settori dell'economia. Viene descritto l'approccio all'integrazione europea da parte rispettivamente della scuola di pensiero realista – secondo la quale lo Stato nazionale è l'unico attore-protagonista capace di muoversi in campo internazionale – e da quella funzionalista – secondo la quale la costruzione europea poggia sulla propria forza propulsiva, insita nelle stesse istituzioni europee.

L'opera si chiude con un'analisi dell'Autore sui progressi compiuti a cinquant'anni di distanza dal primo sogno europeo di difesa.

Si prende atto che le reticenze verso una *comunitarizzazione* della materia sono numerose ed antiche e la cooperazione tra gli Stati procede a livello *intergovernativo*, secondo il metodo che lo stesso Autore definisce del «minimo comune denominatore».

Lo sviluppo della Politica europea in materia di sicurezza e difesa (Pesd)

in dimensione comunitaria ancora contrasta, infatti, con la rivendicazione di sovranità dei singoli Stati membri che trovano nella insufficiente rappresentatività delle istituzioni europee, argomenti a loro sostegno.

Le priorità differenziate emerse nel campo della sicurezza e della difesa hanno sottoposto a forte tensione non solo l'Europa, ma anche la NATO, nonostante gli sforzi effettuati da quest'ultima per adeguare il proprio ruolo e la propria area di responsabilità: l'Unione europea dovrebbe, quindi, rileggere i propri rapporti strategici con l'Alleanza Atlantica nel ridefinito contesto della sicurezza del XXI secolo.

L'Autore individua, inoltre, due asimmetrie pericolose nel nuovo ordine mondiale: l'una di natura economica – quale divario fra Paesi abbienti e meno abbienti – e l'altra di tipo politico – determinata dall'egemonia degli Stati Uniti, di fronte alle quali l'Unione Europea dovrebbe offrire una salda piattaforma comune di collaborazione e confronto.

L'opera si chiude con una riflessione: gli attentati dell'11 settembre 2001, al di là della risposta comune e necessaria organizzata contro il terrorismo, hanno conferito al dibattito politico europeo in materia di difesa, una dimensione ed un'urgenza particolare, di cui sembrano aver tenuto conto i lavori della Convenzione europea. Ed in questa nuova opportunità occorre riporre la speranza di costruire una nuova Europa «pilastro e garante del nuovo ordine mondiale».

Il fallimento del metodo della Conferenza intergovernativa, così come rivelatosi al Vertice di Bruxelles lo scorso 12 e 13 dicembre, ha posto, al contrario, l'accento sull'efficacia dei Gruppi di lavoro della Convenzione europea e sulla rapidità dei progressi compiuti in seno ad essa, verso un accordo globale su un progetto di trattato costituzionale. Questo metodo di lavoro è la soluzione adeguata e responsabile al perseguimento del superiore interesse comune europeo, lontano da ogni sorta di egoismo nazionale.

Anna Astori

Volker Boehme-Nessler, *CyberLaw - Lehrbuch zum Internet-Recht*, München, Verlag C. H. Beck, 2001, pp. XXXI-347, € 34,00

Questo manuale universitario, opera di uno specialista berlinese, rappresenta un'efficace e chiara sintesi dell'intera disciplina individuata con la doppia denominazione anglo-tedesca (*CyberLaw - Internet-Recht*). Come è noto, trattasi di un settore giuridico già da tempo considerato non più uno spazio giuridico vuoto, bensì uno spazio multi-normativo desumibile da una pluralità di contributi sempre più interessanti. Pur essendo concepito nell'ottica prevalente del diritto tedesco, esso è largamente aperto allo studio del diritto comunitario ed europeo, nonché di quello comparato, con particolare riferimento

alle prospettive nord-americane, fino a soffermarsi ai confini estremi della disciplina del diritto internazionale pubblico e privato.

In tale ampio contesto, ben dieci sono i settori ritenuti parte integrante del *cyberlaw*, trattati in corrispondenti capitoli dell'opera qui recensita. Si sommano, infatti, assetti più propriamente dedicati al diritto costituzionale dei diritti e delle libertà fondamentali, acutamente definiti nell'ambito della *e-democracy* e della *e-Ökonomie* e collegati al c.d. governo elettronico ovvero all'esercizio dell'attività amministrativa pubblica in via telematica (pp. 1-15 e 333-342). Tra tali due estremi della disciplina è ricompresa l'esposizione di tutti i suoi rimanenti aspetti peculiari, di diritto civile e commerciale (pp. 15-175), questi ultimi articolati anche con riguardo ai profili monetari e fiscali, di proprietà intellettuale ed industriale, sottoposti alla relativa protezione e regime di leale concorrenza (pp. 177-331).

In tale ampio panorama, appare particolarmente rilevante il taglio problematico dell'opera, più evidente nella ricerca di un sistema di regole o codice del commercio internazionale globale via internet («globalen Internet-Handelskodex», p. 129 ss.). Contenuta in tale problematico codice, di cui appare caratterizzante la disciplina europea (p. 138 ss.), è una piramide normativa nella quale la virtualità delle norme viene collegata alla loro virtuosità, intesa come regime di una responsabilità a più livelli, ivi compresi, ovviamente, i profili di responsabilità penale legati all'uso della moneta elettronica, all'individuabilità del c.d. falso monetario (*Digitales Falschgeld*, p. 182 ss.) ed alla prevenzione e repressione della criminalità informatica e cibernetica. Nel contesto di tale piramide normativa appare evidente l'interesse dell'opera qui esaminata anche ai fini di un utile inquadramento di recenti problematiche di attualità, emerse nella prassi aziendale e giudiziale italiana.

L'opera si conclude con l'esame, ugualmente completo e dettagliato, di profili più tradizionali legati al triplice livello di protezione, nazionale-territoriale e nazionale-universale, dei diritti di proprietà intellettuale ed industriale. Trattasi di profili già noti anche all'interno del nostro sistema giuridico da tempo messo a confronto con le problematiche sollevate dalla «società dell'informazione» rispetto alla quale appare interessante la comparazione con quella giuridica tedesca (*Wissensgesellschaft*), divenuta ancora più attuale ed importante a seguito della c.d. rivoluzione internet. In tale ampio contesto socio-politico e politico-costituzionale, assume, così, un diverso rilievo la tradizionale problematica concernente la protezione dei dati, giustamente collegata dall'A. a metà strada tra l'autoregolamentazione economica e la normativa statale. È questo un problema classico, già noto agli studiosi dell'ordinamento della comunicazione, ove trattasi di conciliare la portata del diritto fondamentale alla riservatezza con altri più ampi di trasmissione di dati a scopo informativo e comunicativo ed infine interessi più generali della collettività, intesi come limitatori dello scambio informatico e dell'uso improprio o abusivo dello stesso. In sede di valutazione finale, la compresenza di tale doppio profilo

internazionale-costituzionale contribuisce a segnalare quest'opera come di straordinaria importanza, non solo per lo studio di un settore specialistico come quello del *cyberlaw*, ma ancor più del diritto generale costituzionale, dove il godimento dei diritti fondamentali delle persone e l'esercizio dei poteri pubblici trova il proprio contenuto sempre più determinato da un contesto esterno, sia statale che globale.

Mario Panebianco

Thomas Hören, *Grundzüge des Internetrechts (E-Commerce, Domains, Urheberrecht)*, II ed., München, Verlag C. H. Beck, 2002, pp. XIX-336, € 34,00

Questo manuale istituzionale, pervenuto alla II edizione e dovuto ad uno specialista dell'Università di Münster, si colloca in un ampio panorama di studi coltivato dagli specialisti del diritto dell'informazione e dell'informatica giuridica nel più ampio contesto dell'ordinamento della telecomunicazione e dei *media*. Internet è ormai considerato uno spazio comunicativo autonomo, distinto e separato dagli altri *media*, come luogo di esercizio di diritti civili, economici e più ampiamente politico-democratici. Esso riflette le esigenze degli operatori commerciali ed aziendali posti di fronte ai problemi di internet e del suo diritto, ma anche esperienze giudiziarie legate all'applicazione del diritto tedesco e del diritto comunitario-europeo. In quest'ultima sede, come è noto, esiste un'apposita direzione generale della Commissione europea (DG XIII), nonché una serie di gruppi di studio all'interno dei quali l'A. svolge attività di consulente, così segnalando la sua doppia formazione, sia accademica che pratica, attenta sia ai diritti del mercato, sia ai diritti fondamentali dei soggetti operatori o utenti del servizio "universale" *on-line*.

Nell'impostazione del volume grande rilevanza viene data alla teoria del diritto fondamentale, costituzionalmente ed internazionalmente garantito, consistente «nell'accesso ad internet» inteso come uno spazio giuridico indispensabile per l'esplicazione della comunicazione individuale ed aziendale, ma anche come via privilegiata per l'accesso ai documenti pubblici detenuti dalla Pubblica amministrazione. In tale contesto, l'A. si occupa dei principi istituzionali o grandi strutture del diritto di internet, intese come nozioni tecnico-giuridiche la cui comprensione è indispensabile e bisognosa di un sempre maggiore approfondimento. Trattasi di nozioni generali capaci di definire interi istituti giuridici cui l'A. fondamentalmente rivolge la sua attenzione. Ne deriva un'indagine sostanzialmente tripartita dedicata ad alcuni settori elettivi del diritto commerciale aventi natura peculiare (commercio elettronico, reti informatiche e diritti di proprietà industriale). Alcuni indici molto dettagliati, sia sistematico che analitico, consentono, peraltro, l'approfondimento di nozioni particolari.

L'opera, pertanto, presenta un carattere prevalentemente civilistico e commercialistico nella prospettiva sia interna che internazionale, ma la connessa trattazione dei problemi collegati alla responsabilità degli operatori *on-line* allarga la prospettiva agli ovvi riflessi di natura pubblicistica per la garanzia di più ampi valori di interesse collettivo. Da segnalare che l'ampia trattazione è, inoltre, corredata da un'appendice legislativa (p. 293 ss.), contenente una raccolta di disposizioni legislative concernente sia il livello comunitario-europeo, sia quello più propriamente legislativo interno, codicistico e non. La raccolta si estende ad alcune fonti internazionali riguardanti il diritto uniforme derivante dalla disciplina convenzionale, ma anche dall'autodisciplina degli operatori del settore. È, infatti, nota a tutti l'importanza della normativa contenuta negli accordi quadro o modello, frutto dell'attività degli operatori statunitensi ed europei e degli utilizzatori della rete *on-line*.

Il lettore di tale volume si trova complessivamente avviato alla lettura dell'opera da tre capitoli iniziali dedicati alle nozioni fondamentali, alla letteratura ed alle riviste giuridiche specializzate, nonché alle nozioni tecniche preliminari (pp. 1-25). Segue la parte centrale articolata in cinque capitoli rispettivamente dedicati ai profili civilistici e commerciali come su indicati (pp. 25-270). L'opera si conclude con gli indicati profili di responsabilità per la disciplina dei servizi *on-line* alla luce della vigente disciplina legislativa tedesca, nonché dei rimedi giurisdizionali, esercitabili in tale settore in una prospettiva molto equilibrata, allo scopo di individuare quello che l'A. definisce «il punto di Archimede» del sistema di protezione dei diritti individuali (tutela contrattuale, esecuzione forzata, arbitrati *on-line*).

Complessivamente valutata quest'opera appare degna della massima attenzione dedicata ad una costruzione volutamente e rigorosamente circoscritta nei confini dello *ius* civile, commerciale e, pertanto, aliena dalle seduzioni offerte dalla *lex mercatoria* e dalla teoria degli spazi informatici "anonimi" o senza diritto. Ai confini normativi di tale ordinamento della comunicazione, l'A. eleva le frontiere di un diritto euro-internazionale strettamente positivo chiaramente destinato a fornire certezze di comportamento agli operatori, sia privati che pubblici, sia interni che esterni. Ne emerge implicitamente una sorta di teoria generale dell'ordinamento della comunicazione, determinato come sub-sistema nel generale sistema codicistico e legislativo euro-germanico e, perciò, portatore delle stesse garanzie e di identici presidi sostanziali e processuali di accesso al mercato, di fruizione e di circolazione *on-line*.

Mario Panebianco

ARTICOLI

IL SISTEMA ISTITUZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA COME FONDAMENTO DI UNA NUOVA FORMA DI DEMOCRAZIA *

L'analisi del materiale di ricerca utilizzato per redigere la seconda parte di un libro in corso di completamento, mi ha consentito di consolidare una convinzione, maturatasi nel corso degli anni, su un aspetto inesplorato di quella particolare struttura su cui si fonda il sistema istituzionale dell'Unione europea, che è stata sempre e soltanto oggetto di critiche molto aspre (e a volte spietate) tanto da parte di giuristi e politologi, quanto da parte di filosofi e sociologi.

Il difetto sul quale si appuntavano le critiche, agli inizi del tutto pertinenti e fondate, era ovviamente rappresentato dal *deficit* democratico, originariamente presente nell'impianto istituzionale comunitario, che indeboliva la solidità delle basi democratiche dell'intera struttura.

Crudamente descritto, con riferimento agli esordi dell'esperienza comunitaria, il *deficit* democratico consisteva nella mancata partecipazione di un vero organo elettivo, come rappresentante dei cittadini europei, al processo di adozione degli atti comunitari e nell'attribuzione, in seno alla Comunità europea, del potere legislativo al solo Consiglio dei Ministri, vale a dire ad un organo che adottava atti giuridicamente vincolanti in rappresentanza dei governi degli Stati membri.

Per rendersi conto delle evidenti anomalie del sistema, basta riflettere sulle conseguenze che lo stesso arrivava a produrre.

* Questo testo riproduce, con opportuni adattamenti, l'introduzione alla seconda parte del libro (*Una Costituzione per governare l'Unione europea*) che l'A. sta terminando di scrivere. Il libro è diviso in due parti e la seconda parte («Come governare l'Unione europea») è preceduta dal testo dell'introduzione qui riportata.

Qualunque regolamento comunitario adottato, ad esempio, nel corso degli anni Settanta e Ottanta¹ nei settori più diversi, anche di rilevante interesse economico, poteva avere sostanzialmente un solo autore: il Consiglio dei Ministri che operava in rappresentanza dei governi degli Stati membri e in collegamento con la Commissione europea, quale organo tecnico con poteri essenzialmente esecutivi.

Il Parlamento europeo, di contro, non è stato coinvolto per molti anni² nel processo legislativo ed ha svolto una funzione meramente consultiva, limitandosi a fornire un semplice parere con riferimento alle proposte di atti normativi che la Commissione europea presentava al Consiglio dei Ministri per la successiva adozione.

Una volta adottati ed entrati in vigore secondo le regole previste, i regolamenti comunitari dispiegavano già allora, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, un'efficacia giuridica vincolante nei confronti non solo degli Stati membri, ma anche degli enti pubblici, delle imprese e dei cittadini³.

Da qui le anomalie cui sopra è stato fatto cenno. Ed infatti, un provvedimento comunitario (regolamento) adottato, su proposta della Commissione, dal Consiglio dei Ministri in rappresentanza dei governi degli Stati membri, aveva l'effetto di paralizzare l'attività legislativa dei Parlamenti nazionali, prevalendo nei confronti delle leggi interne da questi ultimi emanate. E tale prevalenza, come è noto, riguardava non solo le leggi nazionali anteriormente adottate rispetto ai regolamenti comunitari, ma anche quelle successivamente emanate.

Sono note le difficoltà che le Autorità giurisdizionali europee (e, in particolare, le Corti costituzionali italiana e tedesca) hanno dovuto superare per risolvere i problemi appena menzionati allo scopo di adeguare il rispettivo ordinamento giuridico interno a quello comunitario⁴.

Nonostante tali difficoltà, le Autorità giurisdizionali di tutti gli Stati membri, ancor prima della significativa riforma istituzionale introdotta nel 1987 dall'Atto unico europeo, avevano comunque deciso di accogliere e di far

¹ Ovviamente, dopo l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo (1° luglio 1987) la situazione è mutata, come viene indicato più avanti nel testo.

² Come accennato nella nota 1, a partire dall'entrata in vigore dell'Atto unico europeo, il Parlamento europeo ha cominciato a partecipare all'attività legislativa. Il Parlamento europeo, che all'origine si chiamava Assemblea generale comune e, in seguito, Assemblea parlamentare europea, si è dato il nome attuale con una sua decisione del 1962.

³ Si tratta, come è noto, della giurisprudenza che ha affermato il principio della diretta efficacia del diritto comunitario e quello della sua prevalenza nei confronti del diritto interno degli Stati membri.

⁴ Cfr. per quanto riguarda l'Italia, la sentenza della Corte costituzionale emessa nella causa *ICIC* (n. 232 del 22 ottobre 1975), nonché, per quanto riguarda la Germania, la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 29 maggio 1974 in causa *Solange I*. Tali decisioni, come è noto, hanno, a loro volta, influito sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. V., da ultimo, R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004, p. 260 ss.

rispettare, nei loro ordinamenti, i due principi fondamentali del diritto comunitario, vale a dire la diretta efficacia e la prevalenza di tale diritto rispetto alle leggi interne (anteriori e posteriori) adottate dai Parlamenti nazionali.

Ma anche l'accettazione dei predetti principi, da parte dei giudici degli Stati membri, non poteva far venir meno, sotto il profilo giuridico-istituzionale, le anomalie sopra segnalate.

In nessuna struttura statale, fondata su base democratica, si sarebbe infatti potuto ammettere che i provvedimenti adottati da un organo governativo (Consiglio dei Ministri) arrivassero a prevalere rispetto alle leggi adottate da un Parlamento liberamente eletto dai cittadini.

In questo, dunque, consisteva essenzialmente il *deficit* democratico, oggetto delle aspre critiche sopra riferite, che doveva essere senz'altro eliminato. Come è noto, le tre riforme istituzionali introdotte, nell'arco di un decennio, dall'Atto unico europeo⁵, dal Trattato di Maastricht⁶ e dal Trattato di Amsterdam⁷ hanno avuto l'effetto di coinvolgere il Parlamento europeo nel processo legislativo comunitario, attribuendogli sostanzialmente gli stessi poteri in precedenza riconosciuti al solo Consiglio dei Ministri.

Da ultimo, se sarà approvato il Progetto di Costituzione elaborato dalla Convenzione europea presieduta da *Giscard d'Estaing*, i poteri del Parlamento europeo verranno ulteriormente rafforzati (anche con riferimento alle competenze in materia di bilancio) e del tutto equiparati a quelli del Consiglio dei Ministri.

Per concludere, secondo il Progetto di Costituzione appena citato, il potere legislativo all'interno dell'Unione europea, già oggi gestito congiuntamente in modo paritetico dal Parlamento europeo e dal Consiglio dei Ministri, dovrà in futuro essere esercitato mediante un'unica procedura di adozione degli atti normativi (procedura di codecisione), nella quale ciascuna delle due istituzioni disporrà degli stessi identici poteri, con la conseguenza che nessun atto di contenuto legislativo, neanche in materia di bilancio, potrà essere legittimamente adottato in sede europea senza il pieno consenso di entrambe le istituzioni predette.

A questo punto, volendo stabilire un confronto tra il sistema istituzionale dell'Unione europea e quello applicato in una qualsiasi delle organizzazioni statali a base democratica tradizionale oggi esistenti (non importa se a struttura unitaria o federale) nell'intento di metterne a fuoco le differenze, mi sembra sia possibile giungere ad un'univoca conclusione.

La differenza rilevabile tra i due sistemi, per i fini che qui interessano, consiste nel fatto che nelle organizzazioni statali a base democratica (tradi-

⁵ Cfr. nota 1.

⁶ Entrato in vigore il 1° novembre 1993.

⁷ Entrato in vigore il 1° maggio 1999.

zionale), il potere legislativo è interamente, e in via esclusiva, esercitato dal solo Parlamento eletto (monocamerale o bicamerale) che rappresenta direttamente i cittadini, mentre nel sistema istituzionale dell'Unione europea, come abbiamo visto, il potere legislativo viene esercitato congiuntamente e in modo paritetico da due organi diversi, uno dei quali (Consiglio dei Ministri) non è un organo elettivo, ma agisce in rappresentanza dei governi degli Stati membri che, a loro volta, soltanto indirettamente rappresentano i cittadini elettori degli Stati medesimi (cfr. art. 45 del Progetto di Costituzione).

La presenza di questa sola differenza è sufficiente ad alimentare la diffidenza degli studiosi sopra indicati, i quali continuano a mantenere le proprie opinioni critiche sull'esistenza di un *deficit* democratico nella struttura istituzionale dell'Unione europea che in ogni caso dovrebbe essere eliminato.

E il modo più sicuro, per eliminare il difetto denunciato, sarebbe quello di riservare il potere legislativo, anche nell'Unione europea, unicamente ad organi elettivi, i soli ad essere pienamente responsabili di fronte ai cittadini che li hanno eletti.

Tra le soluzioni suggerite si può ad esempio citare quella di affiancare al Parlamento europeo, liberamente eletto, un altro organo permanente, formato da membri, ugualmente eletti, in rappresentanza dei diversi Stati dell'Unione europea, sul modello del Senato degli Stati Uniti d'America.

Dovendo, quindi, i provvedimenti legislativi essere congiuntamente approvati in sede europea dai due organi appena menzionati, entrambi direttamente eletti dai cittadini, si otterrebbe l'eliminazione del *deficit* democratico insistentemente denunciato.

A tale proposito, la nostra convinzione è diversa. A nostro avviso non occorre introdurre una modifica sostanziale come quella più sopra menzionata, perché il sistema istituzionale attuale dell'Unione europea, integrato con gli opportuni adattamenti suggeriti dal nuovo Progetto di Costituzione europea, sarebbe in grado di consentire la miglior gestione delle politiche europee comuni e di tutelare con maggior efficacia gli interessi della generalità dei cittadini europei.

Sembra evidente che la modifica sostanziale auspicata dai critici del sistema attuale e sopra descritta, porterebbe inevitabilmente alla creazione di una struttura federale classica, con la necessità di istituire un organo di governo, espressione di una maggioranza parlamentare federale, responsabile di fronte ai due organi legislativi (Parlamento europeo e Organo permanente), a loro volta responsabili di fronte ai cittadini europei.

In un sistema istituzionale siffatto, di fronte ad una maggioranza con il compito di costituire il governo federale, dovrebbe necessariamente formarsi una minoranza con il compito di fare opposizione.

Finirebbero pertanto per manifestarsi, anche in seno all'Unione europea, i classici problemi regolarmente sperimentati all'interno degli Stati (non impor-

ta se a struttura unitaria o federale) che applicano il metodo democratico tradizionale⁸. Come appare evidente, si tratta di problemi praticamente inevitabili destinati a manifestarsi, con regolare frequenza, all'interno dei sistemi democratici, tanto sul fronte della maggioranza quanto su quello della minoranza.

Sul fronte della maggioranza, i problemi potrebbero essere posti da gruppi di pressione ben agguerriti, operanti all'interno dei partiti di governo, in grado di condizionare l'attività legislativa passando sopra agli interessi della generalità dei cittadini⁹.

Sul fronte della minoranza, può essere ipotizzato un sistematico boicottaggio delle proposte della maggioranza, da parte dell'opposizione, per il solo fatto che provengono dalla maggioranza.

Ovviamente, tanto il modo di procedere della maggioranza quanto quello della minoranza rientrano nel normale gioco democratico, mirando entrambe al potere politico: la maggioranza per mantenerlo e la minoranza per conquistarlo¹⁰.

Il gioco democratico può infatti funzionare se consente la sostituzione della maggioranza, offrendo alla minoranza la possibilità di formare un governo dopo aver conquistato legittimamente il potere attraverso libere elezioni.

A nostro giudizio la sostituzione della maggioranza e il cambiamento del governo ad opera dell'opposizione, sono due atti senz'altro fondamentali per la dialettica democratica, ma non del tutto soddisfacenti se viene presa come parametro di riferimento la tutela dell'interesse della generalità dei cittadini. Se un governo, sostenuto da una maggioranza compatta, esercita il proprio potere in modo inadeguato o scorretto nel corso di un'intera legislatura, nel senso che adotta leggi contrarie all'interesse della generalità dei cittadini, non è certo sufficiente eliminare tale governo e la sua maggioranza alle elezioni successive per riuscire a neutralizzare gli effetti dannosi provocati dalle leggi sbagliate adottate nel corso della predetta legislatura.

Il primo obiettivo da perseguire, pertanto, come aveva felicemente intuito Karl Popper¹¹ è quello di evitare che vengano adottate leggi sbagliate, mentre il secondo obiettivo, a nostro avviso, è quello di fare in modo che vengano adottate leggi in grado di tutelare l'interesse della generalità dei cittadini.

⁸ Si tratta dei problemi, succintamente più avanti esaminati nel testo, che vengono approfonditi nella seconda parte del libro cui vien fatto cenno agli inizi di questo scritto.

⁹ Cfr. J. M. BUCHANAN - G. TULLOCK, *Il calcolo del consenso (Fondamenti logici della democrazia costituzionale)*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 67-68; F. ZAKARIA, *Democrazia senza libertà (in America e nel resto del mondo)*, Milano, Rizzoli, 2003, p. 255 ss.; R. A. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 28 ss.

¹⁰ Riferendosi ad un celebre passo tratto da *"Il principe"*, di N. MACHIAVELLI (capitolo XVIII), S. PETRUCCIANI, *Modelli di filosofia politica*, Torino, Einaudi, 2003, p. 21, così si esprime: «Se chi fa politica è un attore in lotta con altri per il potere, allora costui deve aspettarsi che i suoi competitori usino, contro di lui, tutti i mezzi che consentono loro di combattere vittoriosamente la lotta per il potere».

¹¹ Cfr. K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, Armando, 1973, p. 174.

Orbene, si vuole ora dimostrare, sintetizzando quanto sarà più ampiamente esposto in sede opportuna, in qual modo il sistema istituzionale dell'Unione europea attualmente vigente, integrato con gli emendamenti previsti nel citato Progetto di Costituzione europea e migliorato con gli ulteriori adeguamenti da alcune parti suggeriti, possa consentire di tutelare al meglio gli interessi della generalità dei cittadini.

A nostro avviso, l'elemento determinante che consente di operare una chiara distinzione tra una struttura istituzionale a base democratica tradizionale e quella dell'Unione europea (con gli adattamenti sopra segnalati) è costituito dal fatto che in quest'ultima la competizione politica tra le parti coinvolte non ha lo scopo di tenere in vita o di far cadere un governo, come non è sostanzialmente diretta al mantenimento o alla conquista del potere.

Ciò determina il venir meno di una componente psicologica rilevante che svolge una funzione decisiva nella competizione politica all'interno di uno Stato democratico.

Si tratta di una componente psicologica molto importante che alimenta senza sosta l'aggressività dei partiti e dei soggetti impegnati nell'attività politica, portando le parti avverse a confrontarsi in contese pesanti e continue¹².

Qualunque argomento, anche di scarsa rilevanza oggettiva, viene preso a pretesto per scatenare duri conflitti politici, senza esclusioni di colpi, con un enorme dispendio di energie, offrendo ai *mass-media* ogni sorta di materiale che viene spesso utilizzato in modo non disinteressato da chi è in grado di influenzare l'opinione pubblica.

Basta scorrere le prime pagine dei giornali pubblicati in qualsiasi Paese democratico, per rendersi conto dell'ovvietà di quanto appena affermato.

Lo scopo è sempre lo stesso: cogliere in fallo l'avversario politico, metterlo in difficoltà premendo sull'opinione pubblica per cercare di convincerla a seguire un diverso orientamento politico.

In sostanza, ciò che conta è sempre la sconfitta dell'avversario politico, perché la sua sconfitta determina la continuità nell'esercizio del potere da parte della maggioranza, o la conquista del potere da parte della minoranza che sta all'opposizione.

Abbiamo già ricordato che non possono essere sollevate obiezioni a questo modo di procedere, dal punto di vista giuridico-istituzionale, perché la competizione politica, anche molto dura ed aggressiva, è essenziale per la vita democratica costituendo una delle condizioni fondamentali del suo corretto funzionamento¹³.

¹² Cfr. quanto riportato *supra*, nota 10.

¹³ Secondo J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo socialismo democrazia*, Milano, Etas Libri, 1984, p. 242: «il metodo democratico è lo strumento istituzionale per giungere a decisioni politiche, in base al quale singoli individui ottengono il potere di decidere attraverso una competizione che ha per oggetto il voto popolare».

Il problema che, a nostro avviso, occorre però considerare, è se sia possibile che il sistema istituzionale appena descritto, normalmente applicato all'interno di una struttura democratica tradizionale, possa essere vantaggiosamente trasposto come tale all'interno dell'Unione europea, in considerazione delle sue peculiarità¹⁴.

Le conclusioni alle quali è stato possibile pervenire al termine del nostro lavoro portano a ritenere non vantaggiosa ed anzi controproducente la trasposizione del sistema istituzionale suddetto all'interno dell'Unione europea.

Cercherò di riassumerne le ragioni nel modo più semplice e conciso.

In un passo del *Libro VII di Repubblica*¹⁵ a conclusione di un ragionamento articolato il cui obiettivo è quello di far capire che non bisogna nel modo più assoluto affidare il potere a persone intenzionate ad esercitarlo per arricchirsi materialmente, Platone giunge a questa paradossale conclusione:

«Al governo devono andare persone che non amino governare, altrimenti la loro rivalità sfocerà in contesa».

Come è noto, un paradosso, il cui contenuto è sempre bizzarro o stravagante, a volte nasconde semplicemente una verità che sembra incredibile¹⁶.

Se ci riferiamo, però, alla situazione istituzionale di un normale Stato democratico, nella quale l'obiettivo perseguito dalle parti fra loro in contesa (maggioranza e opposizione) è, come abbiamo visto, quello di raggiungere il potere politico per poterlo esercitare, come potrà attuarsi il risultato indicato nel paradosso di Platone?

Più precisamente, se tutti coloro che svolgono attività politica, come riconosce Max Weber¹⁷ amano esercitare il potere, come sarà possibile affidare il potere a chi non lo desidera?

Forse, estendendone la portata, il ragionamento che sta alla base del paradosso qui esaminato potrebbe significare che chi esercita il potere dovrebbe

¹⁴ Va peraltro tenuto presente che negli Stati moderni il sistema democratico va sempre più abbandonando i suoi caratteri originari, come viene provato dal progressivo trasferimento ad organi esecutivi (governativi) di poteri tradizionalmente riservati ai Parlamenti, cfr. F. MODUGNO e D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989, p. 411 ss.

¹⁵ Cfr. PLATONE, *Repubblica, Libro VII*, in *Opere*, Bari, Laterza, 1966, vol. II, nn. 520-524.

¹⁶ Per PASCAL il paradosso è, peraltro, una scorciatoia del pensiero. Con riferimento alle tesi di Platone, come è noto, KARL POPPER, nel suo celebre libro *La società aperta e i suoi nemici* (cit. supra, nota 11), ha analizzato i paradossi della libertà e della democrazia nonché il paradosso della tolleranza. I paradossi della libertà e della democrazia riguardano l'ipotesi in cui il popolo sovrano decide liberamente di essere governato da un tiranno rinunciando alla libertà e alla democrazia. Il paradosso della tolleranza si riferisce all'ipotesi in cui la tolleranza illimitata porta necessariamente all'abolizione della tolleranza.

¹⁷ Cfr. M. WEBER, *La politica come professione*, Roma, Armando, 1997, p. 33: «Chi fa politica aspira al potere: potere come mezzo al servizio di altri obiettivi, ideali o egoistici, o potere "in senso stretto", cioè per godere del senso di prestigio che esso conferisce».

essere messo in condizione di non amarlo perché lo considera non come obiettivo da raggiungere ma come strumento per operare.

Tradotto in altri termini, il paradosso può quindi voler dire che chi va al governo deve essere in grado di esercitare il potere legislativo (per governare, in senso ampio) senza però detenere il potere politico (che alimenta le rivalità e porta alle contese) in quanto soprattutto chi detiene il potere politico è portato ad abusarne¹⁸.

Se è così, il paradosso di Platone, nella sua lapidaria semplicità, viene ad assumere una sua valenza di carattere generale, mirando a neutralizzare gli effetti di quel tratto essenziale della natura umana che sta alla base della componente psicologica destinata ad alimentare la contesa politica, alla quale ci siamo più sopra riferiti.

Il problema evocato dal paradosso non potrà avere, quindi, che una soluzione di tipo istituzionale: e la più affidabile potrebbe essere quella che è stata trovata, sulla base dell'esperienza, all'interno del sistema dell'Unione europea.

La soluzione consisterebbe, quindi, non tanto nel togliere ai rappresentanti di ciascuna delle parti politiche, in competizione tra loro, l'amore per il potere, obiettivo evidentemente irrealizzabile, quanto invece nel metterli nella condizione psicologica di non dover far dipendere dalla sconfitta dell'altra parte l'esercizio del potere legislativo.

È quanto in effetti avviene all'interno del sistema istituzionale dell'Unione europea¹⁹.

In tale sistema, infatti, come pure abbiamo in precedenza ricordato, mancando una maggioranza precostituita, legittimata a formare e a sostenere un governo dell'Unione europea, manca anche un'opposizione impegnata a contestarlo con l'obiettivo di farlo cadere²⁰.

Le parti politiche che sono in competizione fra loro all'interno del sistema europeo vengono quindi a trovarsi nella condizione psicologica, auspicata nel paradosso di Platone, di poter provvedere all'esercizio del potere legislativo

¹⁸ Il paradosso sembra quasi preconizzare un'applicazione in senso radicale della teoria della separazione dei poteri di MONTESQUIEU. Come è noto, MONTESQUIEU (cfr. *Lo spirito delle leggi*, Torino, Utet, 1973, a cura di S. COTTA, *Libro XI, Capo IV*, p. 274) ha fondato la sua teoria sulla necessità di porre limiti al potere allo scopo di rendere possibile la libertà politica negli Stati, affermando, tra l'altro, che: «La libertà politica si trova nei governi moderati. Ma essa non è sempre negli Stati moderati: non vi rimane che quando non vi è abuso di potere. E però un'esperienza eterna che ogni uomo, il quale ha in mano il potere, è portato ad abusarne, procedendo fino a quando non trova dei limiti (...). Perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere freni il potere».

¹⁹ Qualcosa per certi versi analogo avviene anche nel sistema costituzionale della Confederazione elvetica. (Cfr. B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri*, Roma, Carocci, 2003, p. 54).

²⁰ Come è noto, la maggioranza in seno al Parlamento europeo arriva a formarsi in base ai criteri più diversi con riferimento ad ogni singolo provvedimento da adottare. A volte la maggioranza si forma in modo diverso addirittura con riferimento ai singoli articoli dello stesso provvedimento che deve essere adottato. I socialisti e i liberali possono ad esempio fare maggioranza insieme su un articolo e poi farsi opposizione su un altro articolo dello stesso provvedimento.

senza la necessità di mantenere o conquistare prima il potere politico per essere in grado di esercitarlo.

Di conseguenza, ciascuna delle parti si sente impegnata a fornire il proprio contributo, nelle procedure di deliberazione degli atti da adottare, in modo da migliorare il più possibile la forma e il contenuto degli atti medesimi²¹.

Senza altro è stato dato per scontato, e ritenuto credibile, che anche i soggetti partecipanti al processo deliberativo in sede europea possano essere sottoposti a tentativi di condizionamento di ogni genere da parte di gruppi di pressione interessati, ma tali interventi finiscono probabilmente per elidersi a vicenda, in considerazione delle peculiarità del sistema decisionale comunitario.

Ne consegue che, grazie alla corretta osservanza di tale sistema decisionale, finiscono per essere adottati e per trovare applicazione, in sede europea, anche con il coinvolgimento della società civile²², provvedimenti tecnicamente, economicamente e giuridicamente ragionevoli, in grado di tutelare nel modo più efficace l'interesse della generalità dei cittadini²³.

Tale essendo il risultato ottenibile applicando il sistema sopra descritto, ne consegue che all'interno dell'Unione europea verrebbero a trovare applicazione due strutture istituzionali democratiche sostanzialmente sovrapposte: quella tradizionale applicata nei diversi Stati membri e quella, sopra descritta, applicata a livello europeo nel sistema dell'Unione.

²¹ Viene a trovare applicazione quel particolare meccanismo logico-razionale che J. RAWLS (*Liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, p. 62) chiama «dissenso ragionevole».

²² Cfr. F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651.

²³ Ovviamente, non è che i parlamentari europei siano migliori (o peggiori) dei parlamentari nazionali, ma la tecnica legislativa comunitaria (specie se basata sui «Libri Verdi» e i «Libri Bianchi») impone di seguire un metodo virtuoso non solo ai parlamentari ma anche a tutti coloro che partecipano al processo legislativo. Nel Parlamento europeo, quando l'atto da votare è "normativo", trovano applicazione regole istituzionali che costringono i parlamentari a seguire quasi meccanicamente il processo logico-razionale sintetizzato dal filosofo e politologo americano John Rawls (cit. supra, nota 21) nell'espressione: «dissenso ragionevole» (si parte da una proposta ben strutturata che la Commissione europea predispone; si passa ad un dibattito serrato all'interno delle Commissioni parlamentari; si riprende il dibattito mettendo a confronto le tesi del Parlamento europeo con quelle degli Stati membri espresse in seno al Consiglio dei Ministri; si tiene conto dei pareri degli organi consultivi; si risolvono, infine, i punti controversi adottando le decisioni all'interno del Comitato di conciliazione). L'esperienza ha dimostrato che questo sistema funziona. In dieci anni di applicazione di tale sistema sono stati approvati in sede europea centinaia di provvedimenti, molti dei quali importantissimi, mentre in soli tre casi non si è arrivati ad una definitiva approvazione (peraltro per motivi del tutto comprensibili e ragionevoli).

Al contrario, quando i parlamentari europei debbono adottare decisioni su argomenti non di natura "normativa", ma di natura "politica", finiscono per assumere i caratteristici atteggiamenti dei parlamentari nazionali, sferrando attacchi contro una o l'altra istituzione europea, contro il governo di questo o di quello Stato membro oppure contro un particolare uomo politico o un determinato partito nazionale, sempre con l'obiettivo di mettere in difficoltà i destinatari dei loro attacchi.

La differenza sta, pertanto, in questo: i parlamentari europei tengono, di regola, questi atteggiamenti soltanto quando devono adottare decisioni di natura politica (seguendo invece le regole sopra descritte in caso di adozione di atti normativi), mentre i parlamentari nazionali, per le ragioni espresse nel testo, tengono questi atteggiamenti, di regola, in ogni caso, quale che sia la natura del provvedimento da adottare.

Nella prima, il metodo democratico opera secondo gli schemi tradizionali ispirati al principio del governo della maggioranza ed a quello dell'alternanza del potere in base a libere elezioni.

Nella seconda, il metodo democratico consente agli attori istituzionali dell'Unione europea (Parlamento europeo e Consiglio dei Ministri con l'intervento della Commissione europea) di esercitare il potere legislativo senza detenere il potere politico. È la sorprendente soluzione del problema evocato nel paradosso di Platone sopra riportato.

Ciò che potrebbe costituire oggetto di verifica, mediante studi più approfonditi, è la possibilità di migliorare i meccanismi applicabili all'interno delle due strutture istituzionali, appena descritte, per renderne più efficienti ed efficaci i rapporti e le interazioni.

Tali studi potrebbero ugualmente consentire di raccogliere suggerimenti interessanti in grado di favorire l'applicazione del sistema sopra esaminato anche in altri continenti nei quali siano stati avviati processi di integrazione sotto il profilo economico-politico²⁴.

Per permettere l'avvio di tali studi e delle analisi relative, sarebbe opportuno predisporre un progetto di ricerca integrata alla cui elaborazione e successiva esecuzione potrebbero essere invitati a partecipare studiosi di diversi Paesi europei ed extraeuropei.

Fausto Capelli

²⁴ Non è da escludere che un metodo del genere, con gli adeguamenti più opportuni, possa essere applicato anche a situazioni particolari nelle quali risulta problematico far ricorso ai metodi democratici tradizionali. Il pensiero corre subito alla situazione dell'Iraq.

Esportare in Iraq la democrazia così come viene intesa nel mondo occidentale è molto difficile. Pensare di esportarvi la democrazia mediante una delle strutture federali classiche di tipo occidentale è probabilmente un'impresa impossibile. L'Unione europea potrebbe forse attivarsi per avanzare una sua proposta.

Si potrebbe ad esempio pensare di introdurre in Iraq un sistema analogo a quello comunitario basato su tre istituzioni: un organo tecnico con funzioni propositive ed esecutive, con affidamento del potere legislativo a due organi distinti (uno eletto dalla popolazione e l'altro formato dai rappresentanti delle comunità etniche, scelti all'interno di esse) che lo esercitino congiuntamente e in modo paritetico (vale a dire: 50% del potere legislativo a ciascuno dei due organi).

Un sistema istituzionale siffatto, che potrebbe avvalersi delle esperienze acquisite in sede comunitaria, dovrebbe ovviamente essere integrato con gli adattamenti più opportuni tenendo conto delle eccezionali condizioni in presenza delle quali si troverà a funzionare.

LA COMMISSIONE "CUSTODE DEL TRATTATO": IL CONTROLLO DELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO NEGLI STATI MEMBRI

Sommario: **1.** *Introduzione* - **2.** *L'infrazione* - **2.1** *La natura dell'infrazione* - **2.2** *L'autore dell'infrazione* - **2.3** *Modalità di rilevamento delle infrazioni* - **3.** *La procedura d'infrazione* - **3.A** *Istruzione preliminare* - **3.B** *La fase precontenziosa* - **3.C** *La fase contenziosa* - **3.D** *La sentenza di accertamento dell'infrazione* - **4.** *Responsabilità dello Stato inadempiente nei confronti dei singoli* - **5.** *Effetti della sentenza d'inadempimento e conseguenze della sua mancata esecuzione* - **6.** *Bilancio dell'applicazione del diritto comunitario e del controllo di tale applicazione* - **7.** *Recenti iniziative della Commissione in seguito al Libro Bianco sulla governance* - **8.** *Conclusioni.*

1. Introduzione

Com'è noto, l'art. 211 del Trattato CE attribuisce alla Commissione il ruolo di "custode del Trattato", cioè la missione di controllo della corretta applicazione dell'insieme del diritto comunitario (norme del Trattato e diritto derivato) e quindi di garanzia dell'applicazione uniforme di tale diritto in tutti gli Stati membri.

Se la responsabilità principale dell'applicazione del diritto comunitario incombe alle autorità nazionali (Parlamento, amministrazione pubblica e giurisdizioni nazionali), la Commissione ha il compito di verificare la compatibilità degli atti e comportamenti degli Stati membri con il diritto comunitario e di far constatare, eventualmente, le violazioni di quest'ultimo, nell'ambito della procedura d'infrazione prevista dall'art. 226 del Trattato CE, allo scopo di indurre lo Stato membro a mettersi in regola.

Tale procedura è, come vedremo, lo strumento privilegiato di cui dispone la Commissione per assolvere il compito di custode del Trattato¹.

Va tuttavia rilevato che il monopolio dell'iniziativa di avviare una procedura d'infrazione contro uno Stato membro, di cui dispone la Commissione ai sensi dell'art. 226, è compensato dall'esistenza di una procedura speciale prevista dall'art. 227 del Trattato che consente ad uno Stato membro di rivolgersi alla Commissione e in seguito di adire la Corte di giustizia contro una pretesa violazione del diritto comunitario da parte di un altro Stato². Come vedremo più avanti, tale procedura è stata tuttavia raramente utilizzata dagli Stati membri.

Il presente articolo si propone, in una prima parte, di analizzare lo svolgimento della procedura di accertamento delle infrazioni, alla luce in particolare del contributo fondamentale della giurisprudenza della Corte di giustizia alla definizione delle varie esigenze procedurali. In una seconda parte, l'articolo presenta, da un lato, un bilancio globale del controllo dell'applicazione del diritto comunitario nei principali settori d'attività e, dall'altro, le recenti iniziative della Commissione, prese sulla base del Libro bianco sulla *governance* europea del 2001 per migliorare l'applicazione della normativa comunitaria e rendere più efficace il sistema di controllo di tale applicazione, alla vigilia dell'adesione di dieci nuovi Paesi all'Unione.

2. L'infrazione

2.1 *La natura dell'infrazione*

È anzitutto evidente che l'infrazione consiste nella violazione di qualsiasi obbligo comunitario che incomba allo Stato membro. Anche se l'art. 226 del Trattato si riferisce agli obblighi «incombenti in virtù del presente Trattato», non vi è dubbio che si tratta di tutti gli obblighi che scaturiscono dal sistema giuridico comunitario, quindi, oltre al diritto primario, dagli atti comunitari vincolanti, dagli accordi internazionali conclusi dalla Comunità in virtù del-

¹ Sulla procedura d'infrazione, vedi in dottrina, A. BONNIE, *Commission discretion under Article 171(2) EC*, *ELR* 1998, p. 5037; J. CANDELA CASTILLO - B. MONGIN, *Les infractions au droit communautaire commises par les Etats membres. Quelques apports clés de la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière de manquement*, *RMC*, 1996, p. 51; A. MATTERA, *La procédure en manquement et la protection des droits des citoyens et des opérateurs lésés*, *RMUE*, n. 3, 1995, p. 123; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 4° ed., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 886 ss.; D. SIMON, *Articles 169 à 171*, in V. CONSTANTINESCO (dir.), *Traité instituant la CEE-Communautaire article par article*, *Economica*, 1992; G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, 2° ed., Padova, Cedam, 2001, p. 233 ss.; M. WAELBROECK - D. WAELBROECK, *Articles 169 à 178*, in *Commentaire Mégret, Le droit de la CEE*, Bruxelles, Université, 1993.

² Il Trattato CECA, scaduto il 23 luglio 2002, prevedeva invece all'art. 88 che fosse la stessa Commissione (Alta Autorità) ad accertare autonomamente con decisione motivata e vincolante l'inadempimento dello Stato. In tal caso, lo Stato ritenuto inadempiente poteva proporre ricorso dinanzi alla Corte, cui spettava controllare la fondatezza della decisione della Commissione.

l'art. 300 del Trattato, nonché dai principi generali del diritto comunitario e dai diritti fondamentali previsti all'art. 6 del TUE³.

Quanto alla forma della violazione, essa può consistere in un'omissione o in un comportamento positivo. Infatti lo Stato membro può *mantenere* un testo normativo, una circolare o una prassi amministrativa incompatibile con il diritto comunitario o *adottare* un testo, una circolare o una prassi incompatibile oppure *omettere* di adottare un provvedimento che avrebbe dovuto prendere per rispettare un obbligo comunitario. Un esempio tipico di omissione è costituito dalla mancata o non tempestiva trasposizione nel diritto nazionale delle direttive, che è all'origine di un importante contenzioso.

Un caso particolare d'infrazione è quello della mancata esecuzione di una sentenza della Corte che ha accertato un inadempimento. Ciò costituisce una violazione dell'art. 228 del Trattato, in quanto lo Stato non ha adottato in virtù di tale articolo le misure che l'esecuzione della sentenza comporta.

Come ha precisato la Corte, l'infrazione consiste in un'azione *obiettiva* (il ricorso ha quindi natura obiettiva), dato che la Corte si limita ad accertare la realtà dell'inadempimento, senza dover esaminare gli scopi perseguiti dal ricorso⁴. Ciò significa inoltre che non deve essere stabilita alcuna colpa dello Stato membro contro cui è avviata tale procedura. Un errore commesso in buona fede nell'applicazione del diritto comunitario può condurre all'accertamento della violazione, così come una trasgressione deliberata della norma o una resistenza sistematica.

Dal carattere obiettivo della procedura discende inoltre che il principio *de minimis* non è applicabile. La trasgressione sussiste qualunque sia la gravità e la frequenza delle situazioni incriminate o le loro conseguenze pratiche: è quindi irrilevante che l'inosservanza di un obbligo imposto dal diritto comunitario non abbia prodotto effetti negativi⁵.

Occorre inoltre rilevare che spetta alla Commissione provare l'infrazione, quando avvia la procedura ex art. 226: essa dovrà quindi valutare la portata delle disposizioni nazionali in questione, tenendo conto dell'interpretazione data dai giudici nazionali dello Stato interessato⁶.

³ Per i diritti fondamentali, vedasi sentenza 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Raccolta*, 1970, p. 1125; per gli accordi esterni vedi sentenza 26 ottobre 1982 in causa n. 194/81, *Kupfenberg*, in *Raccolta*, 1982, p. 3641 e sentenza 19 marzo 2002 in causa n. C-132/00, *Commissione c. Irlanda*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2943.

⁴ Vedi sentenza 21 giugno 1988 in causa n. 416/85, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1988, p. 3127.

⁵ Vedi in particolare sentenza 27 novembre 1990 in causa n. C-209/88, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4299; sentenza 7 febbraio 1984 in causa n. 166/82, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1984, p. 459 e, più di recente, sentenza 26 giugno 2003 in causa n. C-233/00, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6625.

⁶ Sentenza 8 giugno 1984 in causa n. C-382/92, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 435.

Infine, come ha precisato più volte la Corte⁷, «l'esistenza dell'inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e la Corte non può tenere conto dei mutamenti successivi». Infatti, come vedremo, la possibilità per la Commissione di presentare un ricorso dinanzi alla Corte è determinata dalla scadenza di tale termine.

2.2 L'autore dell'infrazione

Per quanto riguarda l'autore, la giurisprudenza consolidata della Corte ha posto il principio che l'infrazione è imputata allo Stato unitariamente considerato, ma può essere commessa da qualsiasi organo dello Stato, anche se si tratta di istituzioni aventi «un carattere costituzionalmente indipendente»⁸: quindi la violazione potrà emanare non solo dall'esecutivo, ma anche dal Parlamento⁹ o da un'istituzione giudiziaria.

L'infrazione può essere inoltre commessa da autorità diverse dalle autorità centrali. La Corte ha infatti accertato infrazioni derivanti da azioni od omissioni di uno Stato federato membro di uno Stato federale¹⁰, di una regione autonoma¹¹ o di un comune¹². La ripartizione delle competenze all'interno dello Stato non può quindi essere invocata per giustificare il mancato rispetto degli obblighi comunitari.

Merita al riguardo di essere segnalata la sentenza *Fratelli Costanzo*¹³, in cui la Corte ha dichiarato che «qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni». Ne consegue che le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva, non recepita o recepita in modo inad-

⁷ Vedasi, ad esempio sentenza 17 novembre 1992 in causa n. C-105/91, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5871; sentenza 2 maggio 1996 in causa n. C-133/94, in *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2323; sentenza 18 dicembre 1997 in causa n. C-360/85, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 7337.

⁸ Sentenza 18 novembre 1970 in causa n. 8/70, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1970, p. 961; sentenza 18 gennaio 1990 in causa n. 287/97, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 125.

⁹ Sentenza 5 maggio 1970 in causa n. 77/69, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1970, p. 231.

¹⁰ Sentenza 28 febbraio 1991 in causa n. C-131/88, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 825.

¹¹ Sentenza 14 gennaio 1988 in cause riunite da n. 227 a n. 230/85, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1988, I, p. 825 p. 1.

¹² Sentenza 10 marzo 1987 in causa n. 199/85, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1987, p. 1039.

¹³ Sentenza 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 e in questa *Rivista*, 1989, p. 607.

guato, devono essere applicate non solo dai giudici nazionali ma anche da tutti gli organi dell'amministrazione, compresi gli enti territoriali¹⁴.

Infine, va rilevato che il comportamento di un'impresa privata può condurre all'accertamento dell'infrazione dello Stato, se l'impresa che ha commesso i fatti incriminati, è posta sotto la tutela di quest'ultimo¹⁵.

Su un piano generale, come la Corte ha ripetutamente dichiarato¹⁶, uno Stato membro non può invocare norme, prassi o situazioni del suo ordinamento giuridico interno, ivi comprese quelle che derivano dalla sua organizzazione federale, per giustificare l'inosservanza degli obblighi e dei termini imposti dalla norma comunitaria. Quindi è senz'altro irrilevante una crisi di governo¹⁷, lo scioglimento inatteso del Parlamento che ha ritardato l'approvazione della legge di trasposizione di una direttiva¹⁸ o la necessità di una revisione costituzionale prima della trasposizione¹⁹.

Parimenti, non possono essere invocate da uno Stato difficoltà d'ordine pratico in sede di esecuzione di un atto comunitario per dispensarsi unilateralmente dall'osservanza dei propri obblighi²⁰; ancora meno il semplice timore di difficoltà interne può giustificare l'inadempimento²¹. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto che è possibile invocare la *forza maggiore* per giustificare «difficoltà momentanee insormontabili» di adempimento, ma solo per il periodo strettamente necessario ad un'amministrazione diligente per porvi rimedio²².

¹⁴ La Corte ha tratto le dovute conseguenze dalla pronuncia *cit. supra*, nota 12, riconoscendo nella sentenza 11 agosto 1995 in causa n. C-431/92, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2189, che il rifiuto di un'amministrazione locale di applicare le disposizioni di una direttiva non recepita dallo Stato può dare luogo ad una procedura di infrazione.

¹⁵ Sentenza 24 novembre 1982 in causa n. 249/81, *Commissione c. Irlanda*, in *Raccolta*, 1982, p. 4005. Nella fattispecie il Governo irlandese aveva nominato i membri del comitato direttivo della società, versato pubbliche sovvenzioni per coprire gran parte delle spese e aveva stabilito gli obiettivi della società in questione. Per una società controllata al 100% dallo Stato, vedi sentenza 22 giugno 1993 in causa n. C-243/89, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3353.

¹⁶ Vedi in particolare sentenza 3 ottobre 1984 in causa n. 254/83, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1987, p. 3395; sentenza 20 settembre 1990 in causa n. C-5/89, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3437. Vedi, più di recente, sentenza 20 marzo 2003 in causa n. C-143/02, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 2877.

¹⁷ Vedi sentenza 18 novembre 1970 in causa n. 8/70, *cit. supra*, nota 7.

¹⁸ Vedi sentenza 12 febbraio 1998 in causa n. C-144/97, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 613.

¹⁹ Sentenza 9 luglio 1998 in causa n. C-323/97, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2509 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 285.

²⁰ Sentenza 7 aprile 1992 in causa n. C-45/91, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 2509 e massimata in questa *Rivista*, 1993, p. 368.

²¹ Vedi ad esempio sentenza 5 marzo 1998 in causa n. C-175/97, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 963.

²² Sentenza 11 luglio 1985 in causa n. 101/84, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1985, p. 2629. Nella fattispecie, si trattava di un attentato che aveva provocato nel 1979 la distruzione della banca dati del centro di elaborazione del ministero dei trasporti. La Corte ha ritenuto che l'Italia non poteva basarsi su tale evento per giustificare vari anni dopo il persistente inadempimento dell'obbligo di rilevare dei dati statistici sui trasporti su strada.

Infine, nell'ipotesi d'*impossibilità assoluta* per lo Stato membro di adempiere gli obblighi imposti da una norma comunitaria, la Corte indica che tale Stato deve collaborare con la Commissione, in virtù del principio di cooperazione leale di cui all'art. 10 del Trattato, per superare le difficoltà nell'assoluta osservanza delle norme del Trattato²³.

2.3 Modalità di rilevamento delle infrazioni

Quanto al modo in cui la Commissione viene a conoscenza d'eventuali infrazioni, vanno distinte le infrazioni *rilevate d'ufficio* dai servizi della Commissione e quelle individuate in seguito ad *esposti* presentati alla Commissione.

Per quanto riguarda la prima categoria, la Commissione, "custode" del Trattato, opera un controllo sistematico almeno sull'osservanza di alcune categorie di obblighi da parte degli Stati membri (p.e. controllo della tempestiva e corretta trasposizione delle direttive). Inoltre, la Commissione può ricorrere a qualsiasi fonte d'informazione (interrogazioni parlamentari, petizioni, informazioni sulle gazzette ufficiali nazionali, giornali, ecc.) per rilevare un'infrazione presunta.

Quanto alla seconda categoria, gli esposti possono essere inviati direttamente alla Commissione da Stati membri, associazioni, imprese o singoli oppure trasmessi dal Mediatore europeo. Qualsiasi persona fisica o giuridica, anche estranea ai fatti denunciati, può presentare un esposto alla Commissione, indicando i fatti che costituiscono a suo parere una violazione del diritto comunitario²⁴.

Gli esposti rappresentano attualmente la fonte più importante d'accertamento delle infrazioni: nel 2002, sei procedure d'infrazione su dieci attivate dalla Commissione hanno trovato la loro origine nei fatti denunciati negli esposti.

Nessun obbligo particolare incombe a chi ha inviato l'esposto, tranne quello di collaborare con la Commissione per facilitare l'istruzione della pratica, fornendo in particolare tutti gli elementi d'informazione a sostegno delle censure formulate contro lo Stato membro.

²³ Vedi ad esempio sentenza 2 febbraio 1988 in causa n. 213/85, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1988, p. 281 e, più di recente, sentenza 12 dicembre 2002 in causa n. C-209/00, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11605. Va rilevato che la Corte ha accettato come giustificazione dell'inadempimento l'assoluta impossibilità di dare esecuzione correttamente all'atto in questione nel caso di decisione che esiga il recupero di un aiuto illegittimo.

²⁴ Per facilitare la presentazione e l'esame degli esposti, la Commissione ha pubblicato nella *Guce* n. C 115 del 30 aprile 1999, un formulario tipo di esposto da presentare alla Commissione. L'uso di questo formulario non è obbligatorio.

Quanto alle *garanzie procedurali* offerte all'autore della denuncia²⁵, va ricordato che una ricevuta gli è inviata nei giorni che seguono la registrazione dell'esposto e che i servizi della Commissione lo informano per iscritto, dopo ogni decisione della Commissione (messa in mora, parere motivato, ricorso alla Corte o archiviazione), dell'evoluzione della pratica aperta in seguito all'esposto. Inoltre, l'autore dell'esposto può, in qualsiasi momento della procedura, prendere contatto con i servizi per esporre o precisare gli elementi della sua denuncia. Infine, per ragioni di confidenzialità, la comunicazione allo Stato membro dell'identità dell'autore della denuncia nonché dei dati trasmessi da quest'ultimo è subordinato al suo accordo preventivo.

Gli esposti ed i casi d'infrazione presunta rilevati d'ufficio sono iscritti rispettivamente nel Registro centrale degli esposti (Registro "P") ed in un Registro "B" dei casi rilevati d'ufficio, la cui gestione è assicurata dal Segretariato generale della Commissione.

Nel corso degli anni, la Commissione ha sistematizzato ed adattato le procedure interne di istruzione dei casi d'infrazione al fine non solo di accelerare il procedimento per inadempimento, e di assicurare la trasparenza delle decisioni adottate dalla Commissione ma anche di rafforzare le misure preventive. Come vedremo più avanti, importanti misure sono state decise recentemente in seguito al Libro bianco sulla *governance*.

Va sottolineato che la Commissione deve attivare la procedura o archiviare la pratica nel termine di un anno dalla registrazione, salvo caso eccezionale motivato. Per le violazioni più gravi o che hanno conseguenze economiche importanti per gli operatori lesi, i servizi possono proporre alla Commissione di avviare immediatamente la procedura.

In ogni caso, tutte le infrazioni presunte o constatate formano oggetto di un esame periodico da parte dei servizi della Commissione e poi dei capi di gabinetto dei Commissari che definiscono, per ogni caso d'infrazione, la proposta da sottoporre alla Commissione. In assenza di riserva, le proposte dei capi di gabinetto sono in generale approvate dalla Commissione, senza discussione²⁶.

3. La procedura d'infrazione

La procedura di cui all'art. 226 del Trattato comporta tre fasi:

- l'istruzione preliminare dell'esposto o del caso scoperto d'ufficio,

²⁵ Vedi Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Mediatore europeo riguardante i rapporti con il reclamante in materia d'infrazioni al diritto comunitario (COM (2002)141 finale del 20 marzo 2002).

²⁶ Qualora riserve esplicite siano formulate su un caso particolare, la Commissione ne discute e decide in materia.

- la fase precontenziosa,
- la fase contenziosa dinanzi alla Corte di giustizia.

3.A Istruzione preliminare

In questa fase, i servizi della Commissione procedono ad un attento esame delle censure formulate nell'esposto o degli elementi relativi ad un caso rilevato d'ufficio. Vengono quindi raccolti tutti gli elementi d'informazione e di valutazione, chiedendo ad esempio informazioni complementari a colui che ha presentato il reclamo.

Una volta raccolte tutte le informazioni necessarie, una domanda di spiegazione (detta nel gergo comunitario "lettera pre-226") è inviata alle autorità competenti dello Stato membro, fissando un termine per la risposta. In mancanza di risposta, i servizi della Commissione gli rivolgono un invito formale a rispondere in virtù dell'art. 10 del Trattato: la mancata risposta a tale lettera può dare luogo all'avvio di una procedura d'infrazione, basata sulla violazione dell'obbligo enunciato in tale articolo di facilitare alla Commissione l'assolvimento dei suoi compiti²⁷.

Va inoltre segnalato che in questa fase preliminare, la Commissione ricorre spesso alle c.d. Riunioni "pacchetto", durante le quali sono esaminati periodicamente con le autorità nazionali competenti una serie di casi in corso d'istruzione in un settore determinato (p.e. mercato interno, ambiente, imprese, ecc.), allo scopo di trovare soluzioni rapide e non contenziose alle controversie.

Si tratta di uno strumento rivelatosi molto efficace, in quanto, nell'ambito di un dialogo permanente, tali riunioni hanno permesso di risolvere un numero notevole di casi d'infrazione²⁸.

3.B La fase precontenziosa

a. *Il ruolo della Commissione*

Come si è detto, la Commissione deve attivare la procedura d'infrazione o archiviare la pratica entro un anno dalla registrazione dell'esposto o del caso d'infrazione presunta rilevato di sua iniziativa, salvo caso eccezionale motivato.

Secondo una giurisprudenza consolidata la Commissione non ha l'obbligo di avviare la procedura, ma solo la facoltà. Infatti, come ha dichiarato la Corte, «risulta dall'economia dell'art. 169 (attuale art. 226) del Trattato che la

²⁷ Vedi sentenza 25 maggio 1982 in causa n. 96/81, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1982, p. 1791.

²⁸ Il Parlamento europeo si è manifestato in favore di tale procedura. Vedi al riguardo la sua risoluzione del 22 febbraio 1991.

Commissione non è tenuta ad instaurare un procedimento ai sensi di questa norma, ma che in proposito essa dispone invece di un *potere discrezionale* [*corsivo aggiunto*], che esclude il diritto dei singoli di esigere dalla stessa istituzione di decidere in un senso determinato»²⁹. Pertanto i singoli, informati del seguito dato al loro reclamo, non possono presentare un ricorso per annullamento contro l'archiviazione dell'esposto³⁰, né un ricorso in carenza³¹.

b. La lettera di messa in mora

Se la Commissione decide di attivare la procedura, essa invia allo Stato membro una lettera di messa in mora che costituisce l'inizio della fase precontenziosa, fase destinata – come ha più volte precisato la Corte³² – a dare allo Stato membro l'occasione di conformarsi agli obblighi impostigli dal diritto comunitario e, nel contempo, di fare opportunamente valere le proprie difese contro gli addebiti formulati dalla Commissione.

L'invio di tale lettera, che è una prima e succinta contestazione degli addebiti allo Stato membro, è destinata a circoscrivere l'oggetto del contendere e a garantire i diritti della difesa: tale invio rappresenta, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, una «formalità sostanziale che condiziona la regolarità della procedura». La sua inosservanza comporta quindi l'irricevibilità del ricorso che potrebbe esser in seguito presentato alla Corte³³.

Dal duplice scopo della fase precontenziosa discende l'obbligo per la Commissione non solo d'indicare, sia pure in maniera succinta, le violazioni del diritto comunitario imputate allo Stato membro, ma anche d'impartire un termine "ragionevole" per rispondere alla lettera di messa in mora. Come sottolinea

²⁹ Sentenza 14 febbraio 1989 in causa n. 247/87, *Star Fruit c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 291. Vedi anche sentenza 21 gennaio 1999 in causa n. C-207/97, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 275, in cui la Corte ha ribadito che «Tenuto conto del suo ruolo di custode del Trattato la Commissione è la sola competente a decidere se sia opportuno iniziare una procedimento per la dichiarazione di inadempimento o se sia opportuno proseguire il procedimento precontenzioso mediante l'invio di un parere motivato».

³⁰ Vedi sentenza 17 maggio 1990 in causa n. C-87/89, *Sorento c. Commissione*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1981.

³¹ Vedi sentenza 15 gennaio 1998 in causa n. C-196/97, *Intronic c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 199.

³² Vedi tra l'altro sentenza 31 gennaio 1984 in causa n. 74/82, *Commissione c. Irlanda*, in *Raccolta*, 1984 p. 317; sentenza 18 marzo 1986 in causa n. 85/85, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1986, p. 114 e sentenza 4 dicembre 1997 in causa n. C-207/96, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6869 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 199.

³³ Vedi in particolare sentenza 28 marzo 1985 in causa n. 248/83, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1985, p. 1077 e ordinanza 13 settembre 2000 in causa n. C-341/97, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6611. Vedi anche, più di recente, sul procedimento precontenzioso: sentenza 10 aprile 2003 in causa n. C-392/99, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3373. Come rileva la Corte, «solo muovendo da un procedimento precontenzioso regolare, il procedimento contraddittorio dinanzi alla Corte consentirà a quest'ultima di stabilire se lo Stato membro sia effettivamente venuto meno agli obblighi precisi che la Commissione sostiene esso abbia violato».

la Corte, «per valutare la ragionevolezza del termine stabilito, si deve tenere conto del complesso delle circostanze che caratterizzano la situazione concreta. Un termine molto breve può quindi essere giustificato in situazioni particolari»³⁴, quali ad esempio l'urgenza di porre rimedio all'infrazione. Se invece il termine fissato è irragionevole, l'eventuale ricorso alla Corte sarà irricevibile.

Quanto alla *forma* dell'avvio della fase precontenziosa, occorre precisare che, se l'intimazione rivolta allo Stato membro si traduce normalmente in una lettera, il Trattato non impone alla Commissione di limitarsi a tale forma specifica³⁵.

Le regole di procedura della Commissione prevedono in casi particolarmente gravi ed urgenti, una semplice "consultazione orale" che è oggetto di un verbale trasmesso entro 24 ore alle autorità nazionali interessate, affinché forniscano le loro osservazioni in un termine di 3 giorni della ricezione. In caso di mancata risposta nei termini, il verbale è considerato approvato dallo Stato membro.

Sulla base di quanto precede, la Commissione ha ritenuto che il "parere circostanziato" emesso nell'ambito del procedimento di notifica dei progetti di norme tecniche previsto dalla direttiva n. 98/34/Ce, ai fini di un controllo prima della loro adozione definitiva, debba essere considerato sia dal punto di vista formale che sostanziale, come una "messa in mora" ai sensi dell'art. 226, qualora il testo cui si riferisce la domanda d'osservazioni non sia diverso da quello che una volta adottato, sarà incompatibile con il diritto comunitario. Infatti, se è vero che al momento dell'emissione di tale parere l'infrazione non sussiste ancora, secondo la Commissione l'art. 226 non esige che la richiesta di osservazioni sia fatta soltanto quando la trasgressione è già stata commessa³⁶.

Nell'ordinanza del 13 settembre 2000, citata *supra* in nota 33, la Corte ha respinto con un approccio piuttosto formalista tale posizione, ritenendo che «il parere circostanziato non costituisce una diffida che soddisfi i requisiti dell'art. 169 (attuale art. 226)», ciò che comporta l'irricevibilità del ricorso proposto dalla Commissione.

Dato che l'invio della lettera di diffida presuppone che si sia fatto valere il *previo* inadempimento, «le esigenze di certezza del diritto, inerenti a qualsiasi procedimento, idoneo a divenire contenzioso, ostano – secondo la Corte – a siffatta situazione d'incertezza», provocata da una diffida "condizionata" la cui esistenza è subordinata all'esito riservato dallo Stato membro al parere circostanziato³⁷.

³⁴ Vedi sentenza 2 febbraio 1988 in causa n. 293/88, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1988, p. 305.

³⁵ Del resto, il Trattato non menziona né l'espressione "messa in mora" né quella di "lettera di messa in mora".

³⁶ Vedi in dottrina A. MATTERA, *La procédure en manquement*, cit. *supra*, nota 1.

³⁷ La Corte ha confermato la sua posizione nella sentenza 15 febbraio 2001 in causa n. C-

c. *Il parere motivato*

La messa in mora apre una fase di discussione, di conciliazione che consente in pratica di trovare una soluzione non giudiziaria alla grande maggioranza dei casi d'infrazione³⁸.

Nel corso di tale fase, la Commissione può decidere di archiviare la pratica, sulla base delle osservazioni dello Stato che ha potuto giustificarsi o porre fine all'infrazione. Al contrario, se nessun accordo viene raggiunto perché lo Stato membro non presenta le sue osservazioni o contesta l'esistenza di un'infrazione oppure, pur riconoscendo la trasgressione, non vi pone fine, la Commissione emette, in merito all'inadempimento imputato allo Stato, un *parere motivato*, che costituisce l'atto finale della procedura precontenziosa. Nel parere sono specificate le censure, già indicate nella lettera di messa in mora e che non possono più essere ampliate³⁹, rivolte allo Stato membro ed è anche fissato il termine ragionevole entro il quale si deve mettere fine all'infrazione⁴⁰. Come ha precisato più volte la Corte, il parere motivato deve «esporre in modo coerente e particolareggiato i motivi che hanno indotto la Commissione alla convinzione che lo Stato membro ha commesso un'infrazione»⁴¹. Con il parere, la Commissione delimita quindi definitivamente, in fatto e in diritto, l'inadempimento imputato allo Stato membro e gli argomenti sui quali è basata la sua posizione. In altri termini, al pari della lettera in mora, il parere motivato è un passaggio obbligato della procedura, in quanto definisce l'oggetto della lite e soddisfa l'esigenza del contraddittorio cui è ispirata la fase precontenziosa.

Nondimeno, tale parere è privo di effetti giuridici e non può quindi formare oggetto di un ricorso per annullamento, poiché non è tale da permettere alla Commissione «di stabilire in modo definitivo i diritti e gli obblighi di uno Stato membro (...), la determinazione dei diritti ed obblighi degli Stati mem-

230/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1169.

³⁸ Secondo statistiche del 2001, il numero dei casi d'infrazione che danno luogo alla messa in mora sono circa la metà (49%) delle infrazioni presunte registrate dalla Commissione, mentre i pareri motivati sono poco più della metà (54%) delle messe in mora. I ricorsi alla Corte sono circa un quarto (21%) delle messe in mora. In realtà, la Commissione decide di adire la Corte soltanto nel 10% dei casi d'infrazione presunte.

³⁹ Vedi sentenza 11 luglio 1984 in causa n. 51/83, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1984, p. 2793. La regola dell'identità degli addebiti tra la messa in mora ed il parere motivato è posta a tutela dei diritti della difesa degli Stati membri.

⁴⁰ Come per la lettera di messa in mora, la ragionevolezza del termine impartito allo Stato deve essere valutata caso per caso ed è condizione della regolarità della procedura. Vedi sentenza 2 febbraio 1988 in causa n. 293/85, *cit. supra*, nota 34.

⁴¹ Vedi tra l'altro sentenza 28 marzo 1985 in causa n. 247/83, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1985 p. 1077; sentenza 13 dicembre 1990 in causa n. C-347/88, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1764 e sentenza 16 settembre 1996 in causa n. C-279/94, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4743 e in questa *Rivista*, 1997, p. 709 con commento di F. CAPELLI, *La notifica preventiva di una legge nazionale alla Commissione europea come condizione di applicabilità delle regole tecniche in essa contenute*, p. 713.

bri e il giudizio sul loro comportamento possono risultare unicamente da una sentenza della Corte»⁴².

Inoltre, il parere motivato può indicare le misure che la Commissione ritiene necessarie per eliminare la trasgressione, ma ciò non è obbligatorio.

Infine, va segnalato che l'eliminazione dell'inadempimento da parte dello Stato nel termine fissato dal parere motivato interrompe la procedura rendendo irricevibile un eventuale ricorso, in quanto la finalità della procedura è stata già conseguita⁴³.

Qualora invece lo Stato membro si adegui a quanto richiesto dalla Commissione *dopo* la scadenza del termine, la Commissione *può* rinunciare al ricorso. Essa rinuncia in genere quando l'infrazione è eliminata prima dell'apertura della procedura orale, ma conserva un interesse ad agire che – come ha rilevato la Corte⁴⁴ – può consistere a definire il fondamento della responsabilità dello Stato nei confronti di altri Stati membri, della Comunità o di singoli, ai quali la violazione del diritto comunitario abbia causato un pregiudizio.

Per stabilire se l'inadempimento contestato allo Stato membro sussiste alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, occorre verificare se tale inadempimento abbia esaurito tutti i suoi effetti alla scadenza del termine suddetto⁴⁵. A tal fine, si dovrà esaminare, da un lato, il tipo di obbligo imposto concretamente dal diritto comunitario agli Stati membri e, dall'altro, l'inadempienza addebitata allo Stato in questione. Infatti, la natura e la portata di tali obblighi varia notevolmente in funzione delle caratteristiche particolari di ogni settore del diritto comunitario. Ad esempio, in materia di direttive sugli appalti pubblici, si deduce dalla giurisprudenza della Corte che il criterio determinante per stabilire se l'infrazione abbia o meno esaurito ogni suo effetto è la "durata di esecuzione" dei contratti conclusi in violazione della direttiva applicabile all'appalto in questione; durata che del resto varia notevolmente a seconda che si tratti di appalti di forniture o di servizi⁴⁶. In altri settori sogget-

⁴² Sentenza 27 maggio 1981 in cause riunite n. 142 e n. 143/80, *Amministrazione Finanze c. Essevi e Salengo*, in *Raccolta*, 1981 p. 1413.

⁴³ Vedi per esempio sentenza 27 novembre 1990 in causa n. C-200/98, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4299. Va rilevato che l'irricevibilità del ricorso può essere evitata solo se la Commissione riesce a dimostrare l'esistenza di circostanze qualificate "eccezionali" dalla Corte. Si tratta dell'esistenza di circostanze che avrebbero impedito alla Commissione di terminare il procedimento precontenzioso prima che l'inadempienza avesse cessato di esistere; dell'esistenza di un «rischio imminente di recidiva» o di «altri motivi specifici» per i quali la declaratoria d'inadempimento risulterebbe in via eccezionale necessaria. Vedi al riguardo sentenza 31 marzo 1992 in causa n. C-362/90, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 2353 e sentenza 25 ottobre 2001 in causa n. C-266/99, *Germania c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8055.

⁴⁴ Vedi in particolare sentenza 5 giugno 1986 in causa n. 309/84, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1986, p. 1771 e sentenza 21 giugno 1988 in causa n. 283/86, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1988, p. 3281.

⁴⁵ Vedi sentenza 31 marzo 1992 in causa n. C-362/90 e sentenza 25 ottobre 2001 in causa n. C-276/99, entrambe *loc. cit.*

⁴⁶ Vedi in particolare sentenza 31 marzo 1992 in causa n. C-362/90, *loc. cit.*, e sentenza 10 aprile 2003 in cause riunite n. C-20/01 e n. C-28/01, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3609.

ti ad armonizzazione (ad esempio tutela dei consumatori, settore veterinario e fitosanitario, professioni regolamentate ecc.), l'obbligo imposto agli Stati consiste essenzialmente nell'adattamento della legislazione o regolamentazione nazionale alle norme comunitarie. Nell'ipotesi quindi di una legge nazionale abrogata e eventualmente sostituita da una nuova legge, si dovrà verificare se il testo abrogato continua o no a produrre effetti giuridici alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, se cioè tale legge è sempre applicata dalle autorità nazionali⁴⁷.

d. Procedure speciali

Per talune ipotesi particolari d'inadempimento, il Trattato prevede in deroga agli artt. 226 e 227, procedure *speciali* che consentono alla Commissione ed agli Stati membri di adire direttamente la Corte, evitando in tutto o in parte la fase precontenziosa, in quanto il dialogo tra la Commissione o lo Stato interessato ha già avuto luogo sotto un'altra forma.

La più importante di tali procedure è quella prevista dall'art. 88 del Trattato CE per gli aiuti di Stato. In virtù dell'art. 88, par. 3, gli Stati devono notificare alla Commissione i progetti volti ad istituire o a modificare aiuti, senza poter dare esecuzione alle misure progettate prima che una decisione finale della Commissione sia presa nell'ambito della procedura prevista dal predetto articolo.

Se dopo un esame preliminare, la Commissione ha dubbi sulla compatibilità del progetto di aiuti con il mercato comune attiva la procedura di cui all'art. 88, par. 2, intimando agli interessati di presentare le loro osservazioni.

Se la Commissione costata che non può essere trovata una soluzione, prende una decisione negativa che accerta l'incompatibilità dell'aiuto e impone allo Stato membro di sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato.

Se lo Stato non si conforma a tale decisione, la Commissione (o qualsiasi altro Stato interessato) può adire direttamente la Corte con un ricorso per inadempimento. Tale ricorso potrà essere presentato, secondo questa procedura derogatoria, anche nel caso di un aiuto notificato e versato prima ancora che la Commissione si sia pronunciata sulla sua compatibilità con il mercato comune⁴⁸.

⁴⁷ Ad esempio questa ipotesi si verificherebbe se l'amministrazione nazionale rifiutasse di restituire tasse o imposte riscosse in violazione del diritto comunitario e di cui il contribuente avesse richiesto in tempo utile il rimborso.

⁴⁸ La stessa procedura si applica nel caso di nuovi aiuti non notificati. Del resto, la mancata notifica costituisce di per sé un inadempimento che sussiste anche se l'aiuto è riconosciuto compatibile. In pratica, la decisione negativa sarà basata sulla doppia censura dell'incompatibilità e della mancata notifica. In caso di decisione positiva, la Commissione autorizza l'aiuto a posteriori, pur condannando la mancata notifica.

Un'altra procedura speciale è prevista dall'art. 95 del Trattato relativo all'adozione delle misure di ravvicinamento delle legislazioni del mercato interno. Il par. 4 di tale articolo prevede la possibilità per uno Stato membro di applicare misure nazionali più rigorose delle misure di armonizzazione adottate a livello comunitario alla maggioranza qualificata. Tali misure nazionali, giustificate da esigenze importanti di cui all'art. 30 o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, sono notificate alla Commissione. Essa può confermarle dopo aver verificato che non sono uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata nel commercio tra gli Stati membri. In caso di uso abusivo da parte dello Stato dei poteri contemplati all'art. 95, la Commissione o qualsiasi Stato membro può adire direttamente la Corte (art. 95, par. 9).

Infine, un'altra procedura particolare è prevista dall'art. 298 del Trattato. Secondo tale articolo, quando le misure derogatorie prese da uno Stato membro a tutela di interessi essenziali per la sua sicurezza in virtù dell'art. 296 (riguardante in particolare la produzione ed il commercio di armi, munizioni o materiale bellico) e dell'art. 297 (misure adottate nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbano l'ordine pubblico) abbiano per effetto di alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune, la Commissione esamina con lo Stato interessato le condizioni alle quali tale misure possono essere rese conformi alle norme del Trattato.

Secondo il 2° comma dell'art. 298, la Commissione o qualsiasi Stato membro può, in deroga agli artt. 226 e 227, ricorrere direttamente alla Corte ove ritenga che uno Stato faccia un uso abusivo dei poteri previsti dagli artt. 296 e 297. La Corte giudica a porte chiuse. Va notato che per la prima volta tale procedura è stata iniziata contro la Grecia, imputata per le misure di blocco prese contro la Repubblica di Macedonia: la Corte ha respinto la richiesta di misure provvisorie presentate dalla Commissione⁴⁹ ed in seguito la causa è stata radiata.

e. La procedura attivata dagli Stati membri

Come si è già detto, accanto alla procedura d'infrazione prevista all'art. 226 esiste la possibilità per uno Stato membro – in virtù dell'art. 227 – di attivare la medesima procedura per vedere riconosciuto l'inadempimento d'un altro Stato membro. Nella fase precontenziosa, lo Stato si rivolge alla Commissione cui incombono gli stessi adempimenti della procedura normale: invio della lettera di messa in mora e del parere motivato. Se la Commissione non

⁴⁹ Ordinanza 29 giugno 1994 in causa n. C-120/94, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3037.

invia il parere motivato entro tre mesi dall'inizio della procedura, lo Stato può adire direttamente la Corte.

Va infine segnalato che la procedura dell'art. 228 è stata attivata in pochissimi casi: tre procedure avviate e due pronunce della Corte⁵⁰. In realtà, lo Stato membro che desidera denunciare l'inadempimento di un altro Stato preferisce di solito sollecitare l'azione della Commissione con un esposto e intervenire a sostegno del ricorso di questa.

3.C La fase contenziosa

Se lo Stato membro non si adegua, entro il termine fissato nel parere motivato, a quanto richiesto della Commissione, questa può presentare un ricorso alla Corte, per l'accertamento giudiziario dell'inadempimento.

La decisione della Commissione di adire la Corte è del tutto *discrezionale*, ciò che rende irricevibile, come si è detto, un ricorso per annullamento da parte di una persona fisica o giuridica contro la decisione di non adire la Corte o un ricorso in carenza.

La Corte riconosce tale potere discrezionale, e ritiene di non poter valutare l'opportunità del suo esercizio⁵¹. Essa si riserva tuttavia la possibilità di valutare i termini e di sanzionare una durata eccessiva della fase precontenziosa suscettibile di violare i diritti della difesa, rendendo più difficile per lo Stato membro la confutazione degli argomenti su cui si basa il ricorso⁵².

Inoltre, la Corte ha più volte rilevato che l'*oggetto* del ricorso è delimitato dalla fase precontenziosa, sicché il parere motivato ed il ricorso debbono essere fondati sugli stessi motivi e mezzi⁵³. Pertanto, il ricorso è irricevibile qualora contenga addebiti che non hanno formato oggetto della fase precontenziosa e sui quali non si è realizzato alcun contraddittorio tra la Commissione e lo Stato membro, contraddittorio che è - come si è già rilevato - una garanzia essenziale voluta dal Trattato ed una forma sostanziale di regolarità del procedimento. Tuttavia, precisa la Corte⁵⁴, «ciò non significa che debba sussistere in ogni caso una perfetta coincidenza tra l'esposizione dell'oggetto

⁵⁰ Vedi sentenza 4 ottobre 1979 in causa n. 141/78, *Francia c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1979, p. 2923 e sentenza 16 maggio 2000 in causa n. C-388/95, *Belgio c. Spagna*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4219.

⁵¹ Sentenza 10 maggio 1995 in causa n. C-422/92, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1097 e sentenza 14 maggio 2002 in causa n. C-385/00, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4219.

⁵² Sentenza 16 maggio 1991 in causa n. C-96/89, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2461; sentenza 21 gennaio 1999 in causa n. C-207/97, *Commissione c. Belgio*, *cit. supra*, nota 29.

⁵³ Sentenza 4 febbraio 1988 in causa n. 113/86, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1988, p. 607. Vedi anche più di recente sentenza 10 aprile 2003, *cit. supra*, nota 33.

⁵⁴ Sentenza 16 settembre 1997 in causa n. C-279/94, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4743.

della controversia nel parere motivato e le conclusioni del ricorso quando l'oggetto della controversia non è stato ampliato o modificato, ma al contrario semplicemente ridotto».

Dato il carattere *oggettivo* del ricorso, la Corte non deve esaminare gli obiettivi perseguiti da un ricorso per inadempimento, ma solo accertare l'esistenza o meno di un'infrazione⁵⁵: questa deve essere rigorosamente provata e non può essere basata su alcuna presunzione⁵⁶, ad esempio su quella che un testo ambiguo di una normativa sarà applicato in maniera contraria al diritto comunitario⁵⁷.

La Commissione deve quindi indicare nel ricorso le censure precise su cui il giudice deve pronunciarsi e gli elementi di fatto e di diritto da prendere in considerazione⁵⁸. Tuttavia, come ha più volte sottolineato la Corte⁵⁹, la Commissione «non deve dimostrare l'esistenza di un interesse ad agire, in quanto, nell'interesse generale comunitario, essa ha d'ufficio il compito di vigilare sulla corretta applicazione del Trattato da parte degli Stati membri e di far accertare la sussistenza di eventuali violazioni degli obblighi che ne derivano, affinché vi si ponga fine».

Va infine rilevato che qualora lo Stato elimini l'infrazione asserita *dopo* l'introduzione del ricorso, la procedura contenziosa può proseguire, sia perché la Commissione ha interesse alla soluzione di una controversia interpretativa sul senso o la portata di una norma comunitaria, sia perché l'accertamento della violazione costituisce il presupposto della responsabilità dello Stato, a causa dell'inadempimento, in particolare nei confronti dei singoli. Per tale motivo, la Corte ha sempre respinto l'eccezione d'irricevibilità del ricorso fondata sull'adempimento tardivo dello Stato⁶⁰.

⁵⁵ Sentenza 21 giugno 1988 in causa n. 416/85, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1988, p. 5127.

⁵⁶ Sentenza 5 ottobre 1989 in causa n. 290/87, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1989, p. 3083, sentenza 20 marzo 1990 in causa n. C-62/89, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, I, p. 925.

⁵⁷ Sentenza 29 maggio 1997 in causa n. C-300/95, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2649 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 505.

⁵⁸ Vedi in particolare sentenza 17 novembre 1992 in causa n. C-105/91, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5871.

⁵⁹ Vedi da ultimo sentenza 1° febbraio 2001 in causa n. C-333/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1025 e sentenza 25 aprile 2002 in cause riunite n. C-418/00 e n. C-419/00, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3909.

⁶⁰ Vedi in particolare sentenza 20 febbraio 1986 in causa n. 309/84, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1986, p. 599; sentenza 19 marzo 1998 in causa n. 249/88, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1275 e massimata in questa *Rivista*, 1992, p. 369 e sentenza 18 marzo 1992 in causa n. C-29/90, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 1971.

3.D La sentenza di accertamento dell'infrazione

Come si è già visto sopra al punto 2.2, nell'ambito del ricorso di cui all'art. 226, l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in base alla situazione dello Stato membro come si presentava alla scadenza del termine fissato nel parere motivato e la Corte non può tener conto dei mutamenti successivi. Tuttavia, la Corte riconosce la possibilità di contestare fatti intervenuti successivamente al parere motivato che «siano della stessa natura di quelli considerati nel parere motivato e che costituiscono uno stesso comportamento di guisa che l'oggetto della lite può comprenderli»⁶¹.

D'altra parte, occorre rilevare che la Corte ha affermato la sua competenza ad adottare, prima della decisione nel merito, le misure *cautelari* necessarie, in virtù dell'art. 243 CE⁶². L'ordinanza cautelare della Corte, nella misura in cui ordina allo Stato un determinato comportamento ed in particolare l'immediata sospensione di una norma o di una prassi nazionale, può avere paradossalmente una portata più efficace della sentenza definitiva ex art. 226⁶³. Quest'ultima infatti lascia allo Stato membro riconosciuto inadempiente l'adozione dei provvedimenti che comporta l'esecuzione della pronuncia: tale pronuncia ha quindi carattere meramente *dichiarativo*. Se accoglie il ricorso, la Corte si limita ad accertare l'inadempimento, ma non può condannare lo Stato membro al risarcimento dei danni, né annullare o dichiarare invalida la misura nazionale contestata. La Corte non può neppure ordinare allo Stato di prendere determinate misure per eliminare l'infrazione.

La sentenza d'inadempimento beneficia, d'altra parte, dell'autorità della *cosa giudicata*.

Ciò implica l'obbligo per tutti gli organi dello Stato inadempiente di garantire, nei settori di loro rispettiva competenza, l'esecuzione della pronuncia. In particolare, i giudici nazionali dovranno garantire l'osservanza della sentenza della Corte, nell'espletamento dei loro compiti e quindi applicare la norma comunitaria così come interpretata dalla Corte, restando inteso tuttavia che in caso di violazione di una norma comunitaria avente efficacia diretta nell'ordinamento giuridico nazionale, i diritti dei singoli non derivano dalla sentenza che ha dichiarato la trasgressione ma dalle stesse norme di diritto comunitario⁶⁴.

⁶¹ Vedi sentenza 22 marzo 1983 in causa n. 42/82, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1983, p. 1013; sentenza 4 febbraio 1988 in causa n. 113/86, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1988, p. 607.

⁶² Vedi ad esempio ordinanza 22 maggio, 21 giugno e 13 luglio 1977 in causa n. 61/77 R, *Commissione c. Irlanda*, in *Raccolta*, 1977, p. 937.

⁶³ È stato il caso, ad esempio, di un'ordinanza che ha ingiunto al Governo tedesco di sospendere la riscossione, in sospetto contrasto con il Trattato, della tassa per il transito sulle autostrade di veicoli immatricolati in altri Stati membri (ordinanza 12 luglio 1990 in causa n. C-195/90 R, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3351).

⁶⁴ Sentenza 14 dicembre 1982 in cause riunite da n. 314/81 a n. 316/81 e n. 83/82, *Procuratore*

Di conseguenza, la pronuncia della Corte potrà essere invocata dai singoli dinanzi al giudice nazionale al fine di fare dichiarare inapplicabili le misure interne dichiarate incompatibili con il diritto comunitario oppure nell'esercizio di un'azione in responsabilità contro lo Stato inadempiente al fine del risarcimento dei danni causati dalla trasgressione. L'accertamento dell'infrazione può infatti facilitare la tutela dei diritti dei singoli, anche se il risarcimento dei danni causati dall'infrazione non è subordinato all'accertamento preventivo di questa.

4. Responsabilità dello Stato inadempiente nei confronti dei singoli

Con le celebri sentenze *Francovich*⁶⁵ e *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*⁶⁶, la Corte, dopo aver consacrato il principio – inerente al sistema del Trattato – della responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli danneggiati dalla violazione del diritto comunitario ad esso imputabile, ha definito il fondamento e la portata della responsabilità, le condizioni in cui questa ultima fa sorgere un diritto al risarcimento nonché i criteri per determinare l'ammontare del danno risarcibile, (non solo il danno emergente ma anche il lucro cessante)⁶⁷.

Come ha rilevato la Corte, il diritto del singolo al risarcimento costituisce il corollario necessario della piena efficacia delle norme comunitarie la cui

della Repubblica c. *WaterKeyn*, in *Raccolta*, 1982, p. 4387. Vedi anche sentenza 19 gennaio 1993 in causa in C-10/91, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 191.

⁶⁵ Sentenza 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, in *Raccolta*, 1991 I, p. 5357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 81 con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i Paesi inadempienti*, p. 91.

⁶⁶ Sentenza 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 su cui da ultimo F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1997, p. 52 ss. Vedi anche al riguardo L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause Brasserie du pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas*, in questa *Rivista*, 1997, p. 63 ss. Il tema della responsabilità dello Stato inadempiente è stato approfondito dalla Corte in ulteriori pronunce: sentenza 26 marzo 1996 in causa n. C-392/93, *British Telecom*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1631; sentenza 23 maggio 1996 in causa n. C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2553 e in questa *Rivista*, 1997, p. 56 e sentenza 8 ottobre 1996 in cause riunite n. C-178/94, n. 179/94 e n. 188/94, *Dillenkofer*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4845.

⁶⁷ In tema di responsabilità dello Stato inadempiente, vedi in dottrina, F. SCHOCKWEILER, *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1992 p. 27; G. TESAURO, *Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire*, *RMUE* 1996, p. 15; G. TESAURO, *Diritto comunitario, cit. supra*, nota I, p. 294 ss.; T. TRIDIMAS, *Liability for breach of Community law: growing up and mellowing down?*, *CMLR*, 2001, p. 301; M. WATHELET - S. VAN RAEPENBUSCH, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'Etat sur celle de la Communauté ou l'inverse?*, in *Cah. dr. eur.*, 1997 p. 17; F. FINES, *Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 6911; M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, 1997, p. 681 ss.; G. VANDERSANDEN - M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997; L. TRIFONE, *La responsabilità extracontrattuale degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie in diritto comunitario: un confronto*, in questa *Rivista* 1998, p. 557.

violazione è all'origine del danno patrimoniale subito e rafforza notevolmente le possibilità offerte ai singoli di obbligare le autorità nazionali a rispettare la normativa comunitaria.

La Corte ha inoltre precisato che le condizioni del diritto al risarcimento da parte dello Stato, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine all'infrazione⁶⁸, non devono essere diverse, a parità di situazioni, da quelle che sono richieste per la responsabilità della Comunità, e che tali condizioni dipendono dalla *natura* della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato. Al riguardo, la Corte ha precisato che le condizioni della responsabilità patrimoniale dello Stato sono tre, vale a dire che la norma violata sia diretta a conferire diritti ai singoli, che la violazione sia «sufficientemente caratterizzata» ed infine che esista un nesso causale diretto tra la violazione e il danno subito dai singoli.

Quanto alla seconda condizione, il criterio decisivo per considerare che sussista è quello della violazione grave e manifesta, da parte dello Stato, dei limiti posti al suo potere discrezionale. Al riguardo la Corte ha fornito utili indicazioni sugli elementi che il giudice nazionale, cui spetta in definitiva la valutazione del caso di specie, può prendere in considerazione: il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma consente alle autorità nazionali, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità dell'eventuale errore di diritto, il comportamento di un'istituzione comunitaria che abbia potuto concorrere all'infrazione. La Corte ha infine rilevato che in ogni caso una violazione è «grave e manifesta» quando sia continuata nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte da cui risulti l'illegittimità del comportamento in questione.

Pur tenendo distinta l'ipotesi in cui lo Stato disponga di un ampio potere discrezionale da quella in cui ne ha poco o nessuno, la Corte riferisce le tre condizioni della responsabilità ad entrambe le ipotesi. La differenza di applicazione del principio di responsabilità tra queste ipotesi dipenderà dalla sussistenza della seconda condizione (violazione grave e manifesta). Concretamente, nel caso di violazione da parte della amministrazione nazionale, ricor-

⁶⁸ Con la recente sentenza 30 settembre 2003 in causa n. C-2004/01, *Köbler c. Austria*, non ancora pubblicata e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55, la Corte ha riconosciuto per la prima volta la responsabilità dello Stato membro per una violazione del diritto comunitario derivante da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, a condizione che la violazione sia manifesta. Vedi anche, in tal senso, sentenza 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, in cui la Corte ha statuito che un'interpretazione giurisprudenziale, confermata dalla Corte suprema di cassazione, può dar luogo, come nel caso di specie, ad un'infrazione imputabile allo Stato membro, se ne risulta un'applicazione della legislazione nazionale incompatibile con il diritto comunitario. Su tale pronuncia vedi in dottrina, Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, *Première consécration expresse du principe de responsabilité de l'Etat membre pour les jurisprudences de ses cours suprême dans le cadre de l'article 226 Ce*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2004, p. 208 ss.

rerà normalmente tale condizione, dato che il margine di discrezionalità nell'applicazione del diritto comunitario è molto ridotto se non addirittura nullo e la semplice trasgressione della norma comunitaria può essere sufficiente per accertare una violazione grave e manifesta (caso *Hedley Lomas*). Alla stessa conclusione si può giungere nell'ipotesi di mancata trasposizione di una direttiva nel termine prescritto (casi *Francovich* e *Dillenkofer*)⁶⁹ data l'assenza di margine di discrezionalità.

Invece, qualora lo Stato membro goda di un ampio potere discrezionale (casi *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*), spetterà al giudice nazionale verificare la sussistenza della condizione, alla luce degli elementi di valutazione precisati dalla Corte⁷⁰.

Infine, va segnalato che, secondo la Corte⁷¹, l'obbligo a carico di uno Stato di risarcire i danni causati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario ad esso imputabili non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza che accerti l'inadempimento. Infatti, il diritto al risarcimento esiste, sulla base del diritto comunitario, quando sono soddisfatte le condizioni suindicate. Inoltre, rileva la Corte, «subordinare il risarcimento al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento imputabile allo Stato membro urterebbe contro il principio dell'effettività del diritto comunitario», poiché significherebbe escludere qualsiasi risarcimento tutte le volte che la pretesa infrazione non abbia formato oggetto di un ricorso della Commissione ai sensi dell'art. 226 del Trattato e di una dichiarazione d'inadempimento pronunciata dalla Corte.

5. Effetti della sentenza d'inadempimento e conseguenze della sua mancata esecuzione

Il Trattato non fissa alcun termine per l'esecuzione della sentenza che accerti l'inadempimento. Tuttavia, come ha rilevato la Corte⁷², l'esigenza fondamentale di applicazione immediata ed uniforme del diritto comunitario impo-

⁶⁹ Nell'ipotesi di trasposizione non corretta di una direttiva (caso *British Telecom*), la Corte ha dichiarato che nella fattispecie non sono soddisfatti tutti i presupposti del sorgere di un obbligo di risarcimento da parte di uno Stato membro nell'esercizio di attività normativa comportante un margine di discrezionalità quale quella rappresentata dal recepimento di una direttiva. Infatti manca la violazione grave e manifesta, dato che la disposizione recepita in modo non corretto è imprecisa e l'interpretazione data in buona fede dallo Stato in questione, benché errata, non era manifestamente contraria al testo della direttiva né allo scopo da essa perseguito.

⁷⁰ Quanto alla violazione sufficientemente caratterizzata, il criterio decisivo è, come si è già detto, quello della violazione grave e manifesta, da parte dello Stato, dei limiti posti al suo potere discrezionale.

⁷¹ Sentenza *Brasserie du pêcheur*, cit. supra, nota 62.

⁷² Vedi in particolare sentenza 13 luglio 1988 in causa n. 169/87, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1988, p. 4079 e sentenza 9 marzo 1994 in causa n. C-291/93, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 859.

ne che l'esecuzione sia iniziata immediatamente e conclusa entro il termine più breve possibile.

Le autorità nazionali competenti dovranno quindi prendere le misure che l'esecuzione della pronuncia richiede: secondo i casi, non applicare norme o prassi nazionali incompatibili; abrogarle o modificarle; adottare le norme necessarie; trasporre una direttiva.

In particolare, la Corte ha precisato che la pronuncia che accerti l'incompatibilità con il Trattato di una legge nazionale comporta per lo Stato l'obbligo di modificarla, adeguandola alle esigenze del diritto comunitario⁷³. Né la semplice pubblicazione di una circolare ministeriale che lasci immutate le norme esistenti e crei quindi una situazione giuridica ambigua, né semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dell'amministrazione, bastano per dare completa esecuzione alla sentenza d'inadempimento⁷⁴. Ne consegue che l'incompatibilità di una norma nazionale può essere definitivamente eliminata solo con una norma vincolante che abbia lo stesso valore giuridico di quella da disapplicare⁷⁵.

Infine, va segnalato che, per quanto concerne l'Italia, la nostra Corte costituzionale ha riconosciuto che l'interpretazione della norma comunitaria, effettuata mediante una sentenza della Corte di giustizia resa nell'ambito di una procedura d'infrazione ha "la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate": ciò significa che s'impone al giudice nazionale la non applicazione della norma interna in contrasto con la norma comunitaria provvista di effetto diretto, così come interpretata dalla Corte di giustizia⁷⁶.

Nell'ipotesi di mancata esecuzione della sentenza o di esecuzione incompleta o scorretta, il Trattato di Roma non ha previsto nessuno strumento per indurre lo Stato inadempiente a rispettare i propri obblighi: il solo rimedio, di efficacia molto limitata, consisteva nell'avviare una nuova procedura d'infrazione fondata sull'omessa esecuzione della sentenza.

Dinanzi all'aumento costante delle sentenze non eseguite, il Trattato di Maastricht ha introdotto nell'ex art. 171 (art. 228 attuale) la possibilità di *san-*

⁷³ Vedi, ad esempio, sentenza 13 luglio 1972 in causa n. 48/71, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1972, p. 529; sentenza 14 dicembre 1982, *Waterkeyn*, *cit. supra*, nota 60 e sentenza 12 gennaio 1993 in causa n. C-10/91, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 191. La sentenza d'inadempimento comporta inoltre per i giudici e le amministrazioni nazionali, da un lato, il divieto di applicare la normativa nazionale dichiarata incompatibile e, dall'altro, l'obbligo di adottare tutte le misure intese ad agevolare la piena efficacia del diritto comunitario.

⁷⁴ Sentenza 13 luglio 1988 in causa n. 169/87, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1988, p. 4093.

⁷⁵ Vedi tra l'altro, sentenza 4 dicembre 1997 in causa n. C-207/96, *cit. supra*, nota 32.

⁷⁶ Vedi Corte cost., sentenza 11 luglio 1989 n. 384, *Provincia di Bolzano*, in *Foro it.*, 1991, c. 1076 e in questa *Rivista*, 1989, p. 395, con commento di F. CAPELLI, *Nuove prospettive di adattamento della normativa italiana comunitaria (I decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri)*, p. 403 e sentenza 18 aprile 1991 n. 168, *Giampaoli*, in *Foro it.*, 1992, c. 660 e in questa *Rivista*, 1991, p. 393 con commento di F. CAPELLI, *Portata ed efficacia delle direttive in materia fiscale*, p. 399.

zioni pecuniarie contro lo Stato membro che non abbia adottato le misure che comporta l'esecuzione della sentenza. In tal caso, nell'ambito della nuova procedura d'infrazione – di cui all'art. 228 –, la Commissione potrà chiedere alla Corte la condanna dello Stato inadempiente al pagamento di una somma forfettaria o di una penalità di mora.

Nella sua prima comunicazione del 5 maggio 1996 sull'applicazione di tale articolo⁷⁷, la Commissione ha ritenuto che, in linea generale, la penalità di mora è lo strumento più adatto per raggiungere lo scopo perseguito, cioè garantire l'applicazione effettiva del diritto comunitario. Essa potrà tuttavia ricorrere in taluni casi ad una somma forfettaria, qualora, ad esempio l'infrazione sia eliminata durante la procedura senza che la Commissione rinunci all'azione.

La Commissione ha inoltre precisato nella comunicazione citata che l'importo della sanzione deve essere calcolato in funzione di tre criteri: la gravità dell'infrazione, la sua durata e la necessità di assicurare l'effetto dissuasivo della sanzione stessa per evitare le recidive.

Per valutare la gravità dell'infrazione, occorre tener conto di due parametri: l'importanza delle norme violate (p. es. violazione dei diritti fondamentali, delle quattro libertà di circolazione, del principio di non discriminazione) e le conseguenze dell'infrazione su interessi generali o particolari. Gli effetti delle infrazioni su tali interessi dovranno essere misurati caso per caso. Ad esempio, in materia di interessi d'ordine generale si possono menzionare la diminuzione di risorse proprie o gli effetti, particolarmente gravi, di un inquinamento risultante da un comportamento contrario al diritto comunitario⁷⁸.

In seguito, la Commissione ha adottato con la comunicazione dell'8 gennaio 1997 (*Guce* n. C 63 del 28 febbraio 1997) un metodo di calcolo della penalità per le richieste d'applicazione di sanzione alla Corte⁷⁹.

Fino ad oggi, la Commissione ha deciso in trentadue casi di adire la Corte con proposte di penalità. In due soli casi, la procedura si è conclusa con una seconda sentenza di "condanna". La prima pronuncia ha condannato nel luglio 2000⁸⁰ la Grecia al pagamento di una penalità di 20.000 euro per giorno

⁷⁷ Vedi la Comunicazione n. 96/C 242/07 sull'applicazione dell'art. 171 del Trattato (*Guce* n. C 242 del 21 agosto 1996. Sulla modifica dell'art. 171 del Trattato CE e la sua applicazione, vedi una dottrina, J. CANDELA CASTELLO - B. MONGIN, *La loi européenne, désormais mieux protégée*, *RMUE*, 1997 p. 9; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 1, p. 245 ss.

⁷⁸ In ogni caso, la Commissione rileva che, per gli effetti dell'infrazione su interessi generali, si dovrà tener conto dell'impatto della trasgressione sul funzionamento della Comunità.

⁷⁹ Tale metodo prevede una base uniforme forfettaria di 500 euro per giorno di ritardo, con due coefficienti moltiplicatori che tengono conto della gravità dell'infrazione nonché della sua durata e con un fattore correttivo che tiene conto della situazione finanziaria dello Stato membro.

⁸⁰ Sentenza 4 luglio 2000 in causa n. C-387/97, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 2000, I, p. I-5047 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 325. In tale pronuncia, la Corte ha riconosciuto che «in mancanza di disposizioni del Trattato in materia, la Commissione può stabilire orientamenti volti a determinare le modalità di calcolo dell'importo delle somme forfettarie o delle penalità che essa intende proporre alla Corte in particolare al fine di garantire la parità di trattamento tra gli Stati membri». La Corte ritiene inoltre che «le proposte della Commissione, sebbene non possano vin-

di ritardo a causa della mancata esecuzione della sentenza del 7 aprile 1992, che aveva accertato l'inadempimento di questo Stato, per non aver preso – in violazione delle direttive n. 75/442 e n. 78/130 – le misure necessarie per eliminare rifiuti tossici e nocivi nella regione di La Canea in Creta⁸¹. Nelle seconda recente pronuncia del 25 novembre 2003, la Corte ha inflitto alla Spagna una penalità di 624.150 euro per ogni anno (e per punto percentuale di zona di balneazione non conforme ai valori limite fissati dalla direttiva) di ritardo nell'esecuzione di una sentenza del 1998 che aveva constatato la mancata adozione da parte della Spagna delle misure necessarie per migliorare la qualità delle acque di balneazione in conformità alla direttiva del Consiglio n. 76/160⁸².

Per quanto riguarda gli altri casi, molti di essi sono stati già archiviati, in quanto lo Stato membro si è nel frattempo conformato alla sentenza iniziale d'inadempimento.

Dall'esame di tali casi, emerge con chiarezza la tendenza degli Stati membri a conformarsi alla prima sentenza quando la nuova procedura dinanzi alla Corte si avvicina alla sua conclusione. Infatti, il rischio d'applicazione della penalità si concretizza solo a partire dalla seconda sentenza e per il periodo successivo a tale pronuncia. Per scoraggiare quindi queste regolarizzazioni tardive, la Commissione sta esaminando la possibilità di proporre alla Corte, nel ricorso ai sensi dell'art. 228, di irrogare, oltre alla penalità di mora, una somma forfettaria per sanzionare la mancata regolarizzazione tra la prima sentenza per inadempienza e la nuova sentenza ex art. 228⁸³.

6. Bilancio dell'applicazione del diritto comunitario e del controllo di tale applicazione

Nel quadro dei lavori relativi al Libro bianco sulla *governance* europea, la Commissione ha realizzato nel 2001 uno studio molto interessante sul-

colare la Corte, costituiscono nondimeno una base di riferimento utile». Essa ha anche rilevato che «i criteri da utilizzare per assicurare l'effetto utile della sanzione sono in linea di principio la gravità e la durata dell'infrazione nonché la capacità finanziaria dello Stato, mentre per l'applicazione di tali criteri si deve tener conto delle conseguenze dell'omessa esecuzione sugli interessi privati pubblici e dell'urgenza di indurre lo Stato a conformarsi ai suoi obblighi».

⁸¹ Le autorità greche hanno adottato il 26 febbraio 2001 le misure necessarie per eseguire la prima sentenza della Corte. Pertanto la Grecia ha pagato 5,4 Mio di euro di penalità di mora, per il periodo compreso tra luglio 2000 (data della seconda sentenza) e fine febbraio 2001.

⁸² Sentenza 25 novembre 2003 in causa n. C-278/01, *Commissione c. Spagna*, non ancora pubblicata. Va notato che la Corte ha fissato una penalità ridotta rispetto a quella proposta dalla Commissione, in quanto l'esecuzione della sentenza del 1998 era difficilmente realizzabile in breve tempo.

⁸³ Cfr. Ventesima relazione annuale della Commissione sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (2002).

l'applicazione del diritto comunitario negli Stati membri e sul controllo di tale applicazione da parte della Commissione nel periodo 1972-2000⁸⁴.

Si tratta di un bilancio completo e approfondito, che può essere utilmente aggiornato per il 2001, con i dati forniti dalla Diciannovesima relazione annuale della Commissione sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario.

Da questo bilancio emerge in primo luogo che nel trentennio considerato (1972-2001) sono state avviate dalla Commissione 17.764 procedure d'infrazione e che l'Italia si trova al primo posto degli Stati inadempienti con 1979 procedure attivate nei suoi confronti pari all'11,14% del totale, seguita dalla Francia (10,25%), dalla Grecia (9,59%) e dal Belgio (8,40%).

Le principali ragioni di questo triste primato dell'Italia sono ben note. In primo luogo, occorre segnalare la mancanza di un efficace sistema centralizzato di coordinamento dell'attività dei vari ministeri e/o delle varie autorità regionali responsabili dell'applicazione del diritto comunitario. La mancanza di un'unità centrale di coordinamento, dotata dell'autorità politica necessaria per rimediare ad eventuali carenze o ritardi delle amministrazioni, incide negativamente sull'efficacia dell'applicazione della normativa comunitaria in Italia.

In secondo luogo, il ruolo predominante della procedura parlamentare nella trasposizione delle direttive è all'origine di numerose infrazioni per mancata comunicazione, nei termini prescritti, delle misure nazionali di esecuzione delle direttive.

Infatti, la legge n. 86 del 9 marzo 1989 (cd. legge "La Pergola"), nel tentativo di razionalizzare l'attività legislativa ed amministrativa in materia di attuazione degli obblighi comunitari, ha introdotto il meccanismo della «legge comunitaria» annuale, cioè di una legge-contenitore che riprende tutte le misure necessarie per dare attuazione ad atti comunitari e/o a sentenze della Corte⁸⁵. Orbene, a causa dei tempi piuttosto lunghi dell'attività legislativa, il meccanismo suindicato ha condotto spesso ad un notevole rallentamento del processo di trasposizione delle direttive.

⁸⁴ Livre blanc sur la gouvernance européenne (vol. 2) - Rapport sur l'application du droit communautaire par les Etats membres et sur le contrôle de celle-ci par la Commission, contenant des recommandations en vue de les améliorer du point de vue de la gouvernance démocratique européenne.

⁸⁵ A tal fine ogni anno, entro il 1° marzo il Governo deve presentare un disegno di legge, indicando le misure che sono necessarie per adeguare l'ordinamento nazionale al diritto comunitario e cioè: disposizione modificativa o abrogativa di norme incompatibili con il diritto comunitario; disposizioni di attuazione di atti comunitarie, anche mediante delega legislativa al governo; per le materie già disciplinate con legge, ma non riservate alla legge, l'autorizzazione al governo ad attuare in via regolamentare direttive o le Raccomandazione CECA. A tal fine, il governo allega un elenco di direttive da attuare con regolamento. Sulla legge La Pergola vedi in dottrina V. GUIZZI, *La Legge La Pergola n. 86/89. Un'impostazione nuova del circuito decisionale e operativo Italia-Comunità*, in *Riv. dir. eur.*, 1990 p. 3; A. TIZZANO, *I meccanismi della legge La Pergola: una radiografia dei problemi di funzionamento*, in *Foro it.* 1999, c. 303 e F. ZAMPINI, *L'Italie an amont du manquement: un problème de compétences entre l'exécutif, le parlement et les régions*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, p. 195.

Infine, tra le cause degli inadempimenti italiani, occorre menzionare, oltre ai casi di mancanza di volontà politica, le difficoltà incontrate dall'amministrazione nell'assicurare una corretta applicazione di meccanismi comunitari a volte piuttosto complessi: basti pensare alle gravi carenze riscontrate nell'applicazione del sistema delle quote latte in Italia.

Ratione materiae è nel settore della *Salute e della tutela dei consumatori* che si riscontra il maggior numero di procedure d'infrazione (circa il 25% del totale).

Questo numero elevato d'infrazioni si spiega in primo luogo con il trasferimento, in seguito alla riorganizzazione dei servizi della Commissione, delle competenze nei settori veterinari e fitosanitari, oggetto di un'ampia armonizzazione da parte del legislatore comunitario, dalla Direzione Generale Agricoltura alla Direzione Generale Salute e tutela dei consumatori (DG SANCO).

Inoltre, occorre sottolineare che i settori di competenza della DG SANCO sono politicamente molto sensibili e sono al centro del vasto dibattito sulla sicurezza alimentare e sulla tutela del consumatore che si è sviluppato in tutta l'Europa, in seguito alle note crisi alimentari di questi ultimi anni (BSE, diossina, carne agli "ormoni", salmonellosi, OGM, ecc.). Ciò spiega, oltre ai continui progressi scientifici e tecnici in tali materie, il dinamismo legislativo della Comunità e le difficoltà incontrate dagli Stati membri nel seguire il ritmo, tenuto conto del volume e della complessità delle direttive da trasporre.

Gli altri settori in cui si riscontra un numero elevato di procedure d'infrazione sono quelli delle *Imprese* (circa 22% del totale), del *Mercato interno* (15%) e dell'*Ambiente* (circa il 13%). Si tratta di settori caratterizzati anch'essi da un'intensa attività di armonizzazione legislativa, con numerosi adattamenti tecnici delle direttive esistenti.

Va d'altra parte segnalato che nel 2002 il settore dell'ambiente ha rappresentato più di un terzo degli esposti e delle procedure d'infrazione trattate dalla Commissione, con un forte aumento rispetto agli ultimi anni.

Tale aumento dei casi relativi all'ambiente è dovuto a fattori molteplici. In primo luogo, occorre menzionare la complessità della trasposizione richiesta che è all'origine delle difficoltà organizzative incontrate da molti Stati membri per mettersi in piena conformità con il diritto comunitario dell'ambiente. Infatti, trattandosi spesso di materie la cui competenza è ripartita tra vari livelli di autorità (diversi ministeri, autorità nazionali, regionali, locali, ecc.), è richiesto un notevole sforzo di coordinamento interno agli Stati membri.

Inoltre, va tenuto presente che la Comunità persegue in materia ambientale una politica ambiziosa che mira ad un elevato livello di tutela, ciò che impone agli Stati membri un investimento economico importante per conformarsi alla legislazione comunitaria.

Infatti, date le particolarità tecniche del diritto dell'ambiente, gli Stati membri non possono limitarsi ad integrare le norme delle direttive comunita-

rie nel loro ordinamento interno, ma devono raggiungere un risultato concreto (ad es. un certo livello di purezza dell'acqua o dell'aria, una riduzione di emissione di certi gas). Di qui, la reticenza degli Stati a compiere a volte gli investimenti necessari⁸⁶.

Infine, è evidente che l'attuazione di una legislazione tecnicamente complessa esige strutture amministrative adeguate e competenti, a tutti i livelli di responsabilità. Orbene, non sempre gli Stati dispongono di risorse umane adeguate.

Quanto all'*Agricoltura*, può sorprendere che tale settore rappresenti appena il 2,4% del totale delle procedure avviate nel trentennio considerato, malgrado il volume particolarmente elevato di atti normativi adottati nell'ambito della PAC.

Ciò è dovuto, come si è detto, al trasferimento alla DG SANCO dei settori veterinari e fitosanitari oggetto di un'intensa attività di armonizzazione legislativa.

Un altro motivo risiede nel fatto che il sistema della liquidazione dei conti del FEAOG è stato preferito alla procedura d'infrazione per ottenere dagli Stati membri la regolarizzazione di situazioni di non corretta applicazione di regolamenti agricoli aventi implicazioni finanziarie. A questo tipo d'infrazioni commesse dagli Stati membri la Commissione collega, come misura sanzionatoria, la perdita del diritto al finanziamento comunitario⁸⁷.

Infine, va tenuto presente che gli atti giuridici che realizzano la PAC sono quasi esclusivamente dei regolamenti, il cui procedimento di applicazione è ben diverso da quello delle direttive.

Infatti, le direttive impongono agli Stati un obbligo di risultato, cioè l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per realizzare il risultato voluto dalle direttive, nel termine stabilito da queste. Spetterà poi alla Commissione verificare l'esatta e puntuale attuazione della direttiva, cioè che le misure di esecuzione, lasciate alla discrezione dello Stato, raggiungano gli scopi definiti entro i termini previsti.

Al contrario, il regolamento, caratterizzato dall'applicabilità diretta, non implica necessariamente misure di attuazione legislativa dello Stato. Qualora un regolamento obblighi gli Stati membri ad adottare normative per la sua attuazione, il controllo si effettuerà essenzialmente sulla base delle denunce

⁸⁶ È evidente che talune direttive sono non soltanto tecnicamente complesse, ma anche molto costose. Ad esempio, nel caso della direttiva sulle acque urbane residue o di quella sui nitrati, la piena conformità delle misure nazionali d'attuazione esige investimenti costosissimi. Sulle difficoltà d'applicazione del diritto comunitario ambientale, vedi in dottrina J.-G. HUGLO, *L'application par les États membres des normes communautaires en matière d'environnement*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, p. 451.

⁸⁷ Vedi artt. 2 e 3 del regolamento (Ce) n. 1258/1999 del Consiglio, in *Guce* n. L 160 del 26 giugno 1999, p. 103.

presentate da operatori che si ritengono lesi da una applicazione difettosa della regolamentazione comunitaria.

Tuttavia, per i principali meccanismi della regolamentazione agricola, la cui applicazione non corretta può incidere negativamente sulla realizzazione degli obiettivi della PAC, oltre a creare discriminazione tra gli operatori, la Commissione vigila attentamente sull'applicazione nei vari Stati membri, come nel caso degli strumenti di controllo della produzione (ad es. quote latte) o di gestione e controllo integrato di taluni regimi di aiuti comunitari (per i seminativi, la carne bovina ed ovina, ecc.), previsti dal regolamento (Ce) n. 3508/92.

Quanto alla *fonte* da cui la Commissione ha ricavato le informazioni necessarie per aprire la procedura d'infrazione, va segnalata una netta tendenza in questi ultimi anni all'aumento delle procedure attivate da esposti, rispetto a quelle avviate ad iniziativa dei servizi responsabili. Al riguardo, è interessante notare che il numero medio da esposti registrati annualmente è praticamente raddoppiato nel periodo 1990-1998, rispetto al 1983-1989⁸⁸, passando da 536 a 1047. Nel solo anno 1999, sui 1638 nuovi casi d'infrazione trattati, ben 1349 hanno trovato la loro origine in esposti presentati alla Commissione. Nel quadriennio 1999-2002, il numero medio annuo di reclami è stato di 1346.

Quanto alla ripartizione per settore delle denunce registrate, nel periodo 1999-2002, il 40% degli esposti riguarda il solo settore dell'ambiente. Tutto ciò dimostra l'interesse crescente della società civile al buon funzionamento delle politiche comunitarie, soprattutto in alcuni settori particolarmente sensibili, ed il riconoscimento del ruolo della Commissione "custode del Trattato" che gestisce con rapidità ed efficacia lo strumento della procedura d'infrazione.

Per quanto riguarda infine i *risultati* dell'azione di controllo della Commissione, si può misurare l'efficacia di tale azione confrontando il numero totale delle procedure attivate nel periodo 1972-2000 (16.714) con quello delle procedure archiviate (in quanto l'infrazione è venuta meno) prima del 1° gennaio 2001 (14.452 procedure). Da tale confronto risulta che l'azione di controllo della Commissione è stata efficace nell'86,46% dei casi trattati.

Se i risultati ottenuti sono quindi nettamente positivi, un'analisi più attenta del contenuto e della qualità dei controlli mette in evidenza alcuni aspetti criticabili.

In primo luogo, l'attività di controllo ha riguardato essenzialmente (circa l'80% dei casi trattati) la trasposizione delle direttive e soltanto nel 5% dei casi, il vasto settore dei regolamenti.

In secondo luogo, la verifica in materia di direttive si è in pratica concentrata (77,18% dei casi) sull'aspetto formale del rispetto dei termini di comunicazione delle misure nazionali di esecuzione, lasciando pertanto poco spazio alla

⁸⁸ Cfr. 20° Relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (2002).

verifica della conformità alle prescrizioni delle direttive di tali misure nazionali, cioè al controllo della qualità della trasposizione operata dagli Stati membri⁸⁹.

È appena il caso di ricordare che la trasposizione non corretta delle direttive crea una disarmonia nel sistema giuridico comunitario e una discriminazione tra i cittadini⁹⁰.

Da questo quadro riassuntivo emerge quindi con chiarezza la necessità di un'inversione di tendenza che – grazie alla selettività dell'azione di sorveglianza – consenta, da un lato, un riequilibrio nella verifica dell'applicazione dei vari atti obbligatori (norme del Trattato, regolamenti, decisioni e direttive) e, d'altro, un miglioramento della qualità del controllo della trasposizione delle direttive, accordando maggiore attenzione al contenuto delle misure di attuazione.

L'incisività futura dell'azione della Commissione dipende dalla realizzazione di tali adattamenti.

7. Recenti iniziative della Commissione in seguito al libro bianco sulla *governance*

Per realizzare una buona *governance* europea ed in particolare per ottimizzare i risultati delle politiche della Comunità, la Commissione nel suo Libro bianco del 2001⁹¹, ha messo l'accento sulla necessità, da un lato, di migliorare la qualità della legislazione comunitaria – influenzando quindi positivamente sulla capacità d'attuazione degli Stati membri – e dall'altro, di assicurare un controllo sempre più efficace dell'applicazione del diritto comunitario. A tal fine, la Commissione ha manifestato l'intenzione di fissare nel 2002 dei

⁸⁹ Secondo il più recente quadro di valutazione del mercato interno (05/2003), il *deficit* di recepimento delle direttive del mercato interno si aggira intorno al 2,4% per Stato membro, contro l'1,8% di un anno prima. Va precisato che il *deficit* di recepimento è la percentuale di direttive non ancora trasposte nel diritto nazionale, nonostante la scadenza dei termini. L'Italia, con un *deficit* del 3,5%, è all'ultimo posto. Solo cinque Stati membri (Danimarca, Finlandia, Paesi Bassi, Svezia e Regno Unito) hanno raggiunto l'obiettivo di un *deficit* del 1,5% annuo fissato dal Consiglio europeo di Stoccolma per la trasposizione della legislazione relativa al mercato interno. Per maggiori informazioni, vedi http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/update/score/index.htm.

⁹⁰ Nella recente sentenza 26 giugno 2003 in causa n. C-233/00, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6625, la Corte ha ribadito che gli obblighi degli Stati membri in materia di trasposizione delle direttive sono obblighi di risultato in quanto devono adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire la piena efficacia delle direttive, conformemente agli scopi che esse perseguono. Se è indispensabile che la situazione giuridica derivante dalle misure nazionali di trasposizione sia sufficientemente precisa e chiara da permettere ai singoli interessati di essere informati dell'estensione dei loro diritti ed obblighi, la trasposizione in diritto interno di una direttiva non esige necessariamente un'azione legislativa o regolamentare dello Stato. Nella fattispecie, la Corte riconosce che il contesto, come risulta da una costante giurisprudenza del *Conseil d'Etat* francese, è idoneo a garantire la piena applicazione della direttiva n. 90/313. In merito alle grandi differenze quanto al tipo di obblighi imposti dalle direttive agli Stati membri e, dunque, quanto ai risultati da raggiungere, vedi sentenza 18 giugno 2002 in causa n. C-60/01, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5679.

⁹¹ Commissione europea, Libro Bianco sulla *governance* europea, 2001.

criteri prioritari nell'istruzione dei casi d'infrazioni presunte nonché di intensificare il dialogo con gli Stati membri (amministrazioni, tribunali, ecc.) per facilitare l'applicazione della normativa comunitaria.

La Commissione ha quindi adottato, alla luce delle riflessioni del Libro bianco, nel dicembre 2002 una Comunicazione sul miglioramento del controllo del diritto comunitario, seguita da misure operative⁹².

Tali misure, oltre a prevedere modifiche nell'organizzazione interna dei servizi per accelerare e semplificare l'attività di controllo, sono volte, da un lato, a rendere più efficace la *prevenzione* delle infrazioni mediante una cooperazione rafforzata tra la Commissione e gli Stati membri e, dall'altro, a perseguire le infrazioni nel modo più efficace ed equo possibile, basandosi su *criteri di priorità* che esprimano la gravità dell'inadempimento. Nel contempo sono previsti strumenti *complementari* alla procedura d'infrazione per i casi non prioritari.

Sotto il *primo* aspetto (prevenzione), la Commissione intende anzitutto generalizzare le riunioni "pacchetto" in modo da instaurare un dialogo continuo con le amministrazioni nazionali, fornendo ad esse l'assistenza tecnica necessaria per far fronte alle difficoltà eventuali di attuazione della normativa comunitaria, in particolare in materia di trasposizione delle direttive⁹³.

In tale contesto, la Commissione favorirà la creazione negli Stati membri di una "rete di corrispondenti", cioè di strutture tecniche di coordinamento responsabili dell'applicazione del diritto comunitario e che saranno gli interlocutori privilegiati della Commissione per tutte le questioni riguardanti tale applicazione.

Inoltre, la Commissione intende migliorare l'informazione dei cittadini e degli operatori – destinati ad essere attori sempre più consapevoli dell'azione di controllo –, mediante la creazione di un sito «Applicazione del diritto comunitario» che comporterà un'informazione generale sulle infrazioni accertate sulle possibilità offerte ai singoli in materia di risarcimento dei danni causati dall'infrazione, sulla presentazione di denunce alla Commissione e sulla trasposizione delle direttive.

Quanto al *secondo* aspetto (azioni repressive), la Commissione perseguirà le infrazioni nel quadro della procedura di cui all'art. 226, basandosi sui seguenti *criteri prioritari*, relativi alla gravità dell'inadempimento:

⁹² Cfr. Comunicazione COM (2002) 725 finale del 17 dicembre 2002 e la Comunicazione SEC (2002) 1344.

⁹³ Tale assistenza tecnica può tra l'altro comportare l'esame preventivo da parte dei servizi della Commissione dei progetti di misure nazionali d'attuazione. Inoltre, in casi particolari, i servizi elaborano degli «elementi di riflessione per la trasposizione» da proporre alle autorità nazionali che saranno associate alla loro redazione definitiva. Ad esempio, dopo l'adozione della direttiva quadro n. 2000/60/Ce nel settore dell'acqua, la Commissione ha cercato di facilitarne l'attuazione definendo d'accordo con gli Stati membri una strategia comune di trasposizione.

a. Infrazioni che mettono in causa i fondamenti della Comunità di diritto:

- violazione dei principi della preminenza e dell'applicazione uniforme del diritto comunitario;
- violazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ad es. violazione grave delle quattro libertà di circolazione, danni causati alla salute umana, danni all'ambiente suscettibili di creare problemi di salute umana);
- violazioni gravi degli interessi finanziari della Comunità.

b. Infrazioni che recano pregiudizio al funzionamento effettivo dell'ordinamento giuridico comunitario:

- contestazione di una competenza esclusiva dell'Unione; grave ostruzione all'attuazione di una politica comune;
- ripetizione di un'infrazione nello stesso Stato membro in un determinato periodo o rispetto allo stesso strumento di diritto comunitario (ad es. scorretta applicazione sistematica);
- carattere transfrontaliero dell'infrazione, nel caso in cui tale dimensione renda più complessa la tutela dei loro diritti da parte dei cittadini;
- mancata esecuzione di una sentenza della Corte nei confronti di uno Stato membro, in seguito ad un ricorso della Commissione per non applicazione del diritto comunitario (procedura di cui all'art. 228).

c. Infrazioni consistenti nella mancata trasposizione o nella non conformità della trasposizione delle direttive

Concretamente, quando l'infrazione risponde ad uno dei criteri suindicati, la procedura ex art. 226 sarà immediatamente iniziata, a meno che la regolarizzazione possa avvenire più rapidamente con altri mezzi.

Inoltre, va segnalato che l'applicazione dei criteri prioritari di cui sopra sarà valutata ogni anno dalla Commissione in occasione del dibattito sulla Relazione annuale sull'applicazione del diritto comunitario. Le conclusioni saranno presentate durante la discussione pubblica nell'assemblea plenaria del Parlamento.

Quanto alle infrazioni aventi carattere non prioritario, esse saranno perseguite con strumenti *complementari*, senza tuttavia escludere la possibilità di un'eventuale procedura d'infrazione.

Tra questi strumenti alternativi, vanno menzionati il ricorso ad un negoziato globale con lo Stato, in caso d'infrazioni numerose e ripetute in un determinato settore, le "riunioni pacchetto" al fine di trovare soluzioni non contenziose ad una serie di casi, nonché la rete di risoluzione dei problemi "SOLVIT". La rete di centri "SOLVIT", creati da tutti gli Stati membri in seno alle loro amministrazioni, è già utilizzata con successo nel settore del mercato interno ed è destinata a diventare, in seguito alla riforma del 2002, un vero strumento comunitario di risoluzione extragiudiziale dei problemi quotidiani legati all'attuazione del mercato interno⁹⁴.

⁹⁴ Vedi «Soluzione efficace dei problemi del mercato interno (SOLVIT)», Comunicazione del-

8. Conclusioni

Il processo d'integrazione dell'Unione europea si è notevolmente sviluppato negli ultimi 10-15 anni ed ha ormai raggiunto un livello tale da non poter prescindere da un'applicazione corretta ed uniforme delle norme comunitarie in tutti gli Stati membri, pena una disfunzione, un profondo squilibrio del sistema giuridico comunitario nonché una situazione di discriminazione tra i cittadini ed una lesione della solidarietà comunitaria⁹⁵.

In tale contesto, si rivela tutta l'importanza del ruolo di "custode del Trattato" affidato alla Commissione dall'art. 211 del Trattato CE.

Orbene, tale missione appare tanto più essenziale oggi, alla vigilia di un allargamento che creerà nel 2004 un'Unione europea a venticinque. Basta pensare, ad esempio, al compito di garantire l'omogeneità futura di venticinque misure nazionali di trasposizioni di una direttiva comunitaria.

La Commissione deve quindi affrontare la sfida lanciata dal prossimo allargamento nonché dalla continua estensione di un *acquis* comunitario sempre più complesso. Dinanzi al rischio di un incremento notevole dei casi d'infrazione da trattare ed all'impossibilità di assicurarne un'istruzione rapida, la Commissione ha effettuato una riflessione sulla propria missione di "custode del Trattato", sul modo di renderla più efficace, adattandola alla nuova situazione.

Alla luce degli obiettivi di *governance* fissati nel Libro bianco, la Commissione ha definito nella comunicazione citata del dicembre 2002, le linee generali della sua azione di vigilanza ed ha approvato una serie di misure operative. Ci sembra che tale orientamento vada nella direzione giusta. L'attività di controllo viene infatti inquadrata in una visione strategica che – a differenza del passato in cui l'azione della Commissione si sviluppava soprattutto a valle del fenomeno della trasgressione – punta, in primo luogo, sulla *prevenzione*, mediante un stretta cooperazione con gli Stati membri, al fine di assisterli ed accompagnarli nella corretta applicazione del diritto comunitario.

la Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e alla Comitato delle Regioni (COM (2001) 702 del 26 novembre 2001). SOLVIT che si basa sulla rete dei centri di coordinamento creati nel 1998 tratta casi di scorretta applicazione di norme del mercato interno da parte delle amministrazioni nazionali, come ad esempio il rifiuto di riconoscere un diploma valido o di commercializzare prodotti conformi ai requisiti delle direttive europee. Le vittime dell'applicazione scorretta espongono il caso (via Internet o per telefono) al centro SOLVIT del loro Stato, che ne discuterà con la controparte dello Stato in cui si è verificata tale applicazione erronea. Il principale vantaggio di SOLVIT è la rapidità in quanto è previsto un termine massimo di dieci settimane per risolvere la controversia. Finora SOLVIT ha risolto più del 70% dei casi sottopostigli. I principi per l'impiego della rete SOLVIT sono stati fissati nella Raccomandazione della Commissione del 7 dicembre 2001 (C(2001) 3901 def), approvato dal Consiglio il 1° marzo 2002. Va purtroppo segnalato che tale sistema è stato finora raramente utilizzato in Italia. Per maggiori informazioni, vedi il sito http://europa.eu.int/comm/internal_market/solvit/official_en.htm.

⁹⁵ Vedi al riguardo sentenza 7 febbraio 1973 in causa n. 39/72, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1973, p. 101.

L'altro aspetto fondamentale della nuova strategia è la *selettività* nell'avvio delle procedure d'infrazione, che consente di concentrare l'azione repressiva sulle violazioni più gravi, sulla base di criteri stabiliti periodicamente dalla Commissione.

In conclusione, ci troviamo di fronte ad un approccio nuovo, ben articolato in funzione delle diverse situazioni e che, sia pur cercando di evitare il sorgere di comportamenti trasgressivi, dovrebbe permettere alla Commissione di agire rapidamente contro le violazioni che creano le disfunzioni più gravi nel sistema giuridico comunitario.

Resta tuttavia il problema della mancata esecuzione delle sentenze che accertano l'inadempimento.

Nonostante i miglioramenti, apportati dal Trattato di Maastricht, il numero relativamente elevato di sentenze non eseguite (207 dal 1996 ad oggi) nonché la tendenza degli Stati a ritardare la regolarizzazione dimostrano l'opportunità di migliorare il sistema di sanzioni introdotto da tale Trattato al fine di renderlo più rapido ed efficace, prevedendo ad esempio una revisione dell'art. 226 che consenta alla Commissione di chiedere alla Corte, fin dal primo ricorso, l'irrogazione di sanzioni pecuniarie. Al riguardo, va segnalato che il progetto di Trattato che istituisce la Costituzione per l'Europa, adottato dalla Convenzione europea nel giugno e luglio scorsi⁹⁶, dispone all'art. III-267, par. 3 che, qualora la Commissione presenti un ricorso alla Corte nell'ambito della procedura d'infrazione per la mancata comunicazione da parte di uno Stato membro delle misure di recepimento di una legge-quadro europea⁹⁷, essa può chiedere alla Corte di comminare nell'ambito dello stesso ricorso allo Stato inadempiente il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità, nel caso in cui venga accertata l'infrazione⁹⁸.

Se tale norma sarà mantenuta nel testo approvato dalla Conferenza Intergovernativa (CIG) si tratterà certo di un passo avanti importante, sia pure incompleto, in quanto la possibilità di irrogare sanzioni pecuniarie nel corso della prima procedura d'infrazione dovrebbe essere estesa almeno ai casi d'infrazioni più gravi che mettono in causa i fondamenti del sistema giuridico comunitario.

Fabio Gencarelli*

⁹⁶ Il progetto di Trattato costituzionale è attualmente all'esame della Conferenza Intergovernativa (CIG) apertasi a Roma il 4 ottobre 2003.

⁹⁷ Si tratta della nuova denominazione delle attuali direttive di cui all'art. 249, 3° comma del Trattato CE.

⁹⁸ Va rilevato inoltre che per accelerare la procedura fondata sulla mancata esecuzione della sentenza che accerta l'inadempimento, il progetto di Costituzione prevede, all'art. III-267, par. 2, la soppressione dell'attuale parere motivato ex art. 228 CE.

* Capo Unità alla Direzione Generale Agricoltura della Commissione europea. Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA CONVENZIONE DI BRUXELLES: L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE RICADE NELL'ART. 5, N. 3

Corte di giustizia

Sentenza del 17 settembre 2002 in causa n. C-334/00*

Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, art. 5 n. 1 e 3 - Competenze speciali - Nozione di «materia contrattuale» e di «materia di diritti» - Interpretazione autonoma - Azione di responsabilità precontrattuale - Applicabilità dell'art. 5, n. 3.

In un contesto come quello della causa principale, caratterizzata dalla mancanza di impegni liberamente assunti da una parte nei confronti di un'altra in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto e dall'eventuale violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell'ambito di tali trattative, l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi delitti, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificata dalla Convenzione 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla Convenzione 25 ottobre 1982, relativa all'adesione della Repubblica ellenica, e dalla Convenzione 26 maggio 1989, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese.

* In *Raccolta*, 2002, I, p. 7357 ss. In argomento v. *infra*, p. 267 ss., il commento di ALBERTO ONDEI.

(*Omissis*) **In diritto**

Controversia nella causa principale e questioni pregiudiziali

(*Omissis*)

8. Con ricorso notificato il 16 marzo 1999 la Tacconi ha chiesto alla Corte suprema di cassazione, ai sensi dell'art. 41 del codice di procedura civile italiano, relativo al regolamento preventivo di giurisdizione, di dichiarare che la giurisdizione sulla controversia nella causa principale appartiene al giudice italiano. Secondo tale società, non è stato raggiunto l'accordo fra essa e la HWS poiché ad ogni proposta ha fatto seguito una risposta non conforme. La Tacconi ha altresì invocato la responsabilità precontrattuale della HWS ex art. 1337 del codice civile italiano e ha sostenuto che, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles, il «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» va inteso anche come il luogo in cui si è determinato l'impovertimento patrimoniale del soggetto che si pretende leso. Orbene, la perdita controversa nella causa principale si sarebbe verificata a Perugia, luogo in cui la Tacconi ha la propria sede sociale.

9. Nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale ha dichiarato che il criterio di competenza speciale previsto dall'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles non sembra applicabile alla responsabilità precontrattuale, la quale non deriva dall'inadempimento di un'obbligazione contrattuale. Un'obbligazione del genere non sussisterebbe nella fattispecie oggetto della causa principale, considerata la mancata conclusione di un contratto.

10. Ritenendo che, per decidere tale questione di giurisdizione, fosse dunque necessario interpretare la Convenzione di Bruxelles, la Corte suprema di cassazione ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale di un convenuto rientri nella materia dei delitti o quasi-delitti (art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles);

2. nell'eventualità di risposta negativa, se detta azione rientri nella materia contrattuale (art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles) e, nel caso positivo, quale sia l'obbligazione dedotta in giudizio;

3. in caso di risposta negativa, se alla detta azione sia applicabile il solo criterio generale del domicilio del convenuto».

Sulla prima questione

11. Con la prima questione il giudice *a quo* chiede se l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientri nella materia dei delitti o quasi delitti, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles.

Osservazioni presentate alla Corte

12. Richiamando la giurisprudenza della Corte (sentenze 27 settembre 1988 in causa n. 189/87, *Kalfelis*, in *Raccolta*, p. 5565; 26 marzo 1992 in causa n. C-261/90, *Reichert e Kockler*, in *Raccolta*, I, p. 2149, e 17 giugno 1992 in causa n. C-26/91, *Handte*, in *Raccolta*, I, p. 3967), la Tacconi e la Commissione sostengono che, posto

che la responsabilità precontrattuale non deriva da obblighi liberamente assunti da una parte nei confronti di un'altra, essa attiene alla materia dei delitti o quasi delitti.

13. Secondo la Tacconi, è del tutto evidente che nella fase precontrattuale, dal momento che il contratto non è ancora stipulato, manca ogni vincolo convenzionale idoneo a legare reciprocamente le parti.

14. La Commissione sostiene che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, si può enunciare un principio generale per il quale tutte le domande relative alla Convenzione di Bruxelles dirette all'accertamento della responsabilità di un convenuto danno luogo, in ogni caso, all'applicazione di uno dei due criteri di competenza speciale previsti all'art. 5, punti 1 e 3, di tale Convenzione.

15. La Commissione conclude nel senso che le controversie in materia di responsabilità precontrattuale rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles poiché, da una parte, l'azione diretta a far valere la responsabilità precontrattuale del convenuto è, per definizione, una domanda che intende far accertare una responsabilità del convenuto. Dall'altra, tale responsabilità non si basa su impegni liberamente assunti dal convenuto nei confronti dell'attore, ma su doveri di comportamento previsti, più o meno specificamente, da una fonte eteronoma rispetto alle parti del rapporto precontrattuale.

16. Per contro, la HWS sostiene che la responsabilità precontrattuale ha una natura differente da quella della responsabilità per delitti o quasi delitti. Quest'ultima si applicherebbe a ogni soggetto che violi la regola generale del *neminem laedere* e che agisca in danno di diritti «assoluti».

17. Orbene, la responsabilità precontrattuale potrebbe essere imputata solo a un soggetto che ha un rapporto particolare con la persona lesa, cioè quello risultante dalla trattativa relativa ad un contratto. Pertanto, al contrario dei principi applicabili in materia di delitti o quasi delitti, la valutazione della responsabilità precontrattuale non potrebbe prescindere dal contenuto della trattativa.

18. Inoltre, facendo valere che nella fattispecie della causa principale non si può applicare neppure l'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles poiché la domanda della Tacconi si fonda sulla tesi che non è stato concluso alcun contratto, la HWS sostiene che la responsabilità precontrattuale non è né una responsabilità per delitto o quasi delitto né una responsabilità contrattuale e che, pertanto, competente a conoscere della causa principale è il giudice tedesco, ai sensi della disposizione generale dell'art. 2 di tale Convenzione.

Giudizio della Corte

19. In via preliminare, occorre rammentare che, per giurisprudenza costante (v. sentenze 22 marzo 1983 in causa n. 34/82, *Peters*, in *Raccolta*, p. 987, punti 9 e 10; *Reichert e Kockert, cit.*, punto 15, e *Handte, cit.*, punto 10), le nozioni di «materia contrattuale» e di «materia di delitti» ai sensi dell'art. 5, punti 1 e 3, della Convenzione di Bruxelles vanno interpretate autonomamente, facendo riferimento principalmente al sistema e agli scopi della Convenzione stessa. Tali nozioni non possono pertanto essere interpretate come semplici rinvii al diritto nazionale dell'uno o dell'altro degli Stati contraenti interessati.

20. Infatti, un'interpretazione del genere è l'unica che possa garantire l'applicazione uniforme della Convenzione di Bruxelles, che mira segnatamente ad unificare

le norme sulla competenza delle giurisdizioni degli Stati contraenti e a potenziare la tutela giuridica delle persone residenti nella Comunità, permettendo all'attore di identificare facilmente il giudice che può adire così come al convenuto di prevedere ragionevolmente dinanzi a quale giudice può essere citato (v. sentenze 20 marzo 1997 in causa n. C-295/95, *Farrel*, in *Raccolta*, I, p. 1683, punto 13, e 19 febbraio 2002 in causa n. C-256/00, *Besix*, in *Raccolta*, I, p. 1737, punti 25 e 26).

21. Come statuito dalla Corte, la nozione di «materia di delitto o quasi-delitto» ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles, comprende qualsiasi domanda che miri a coinvolgere la responsabilità di un convenuto e che non si ricolleghi alla «materia contrattuale» di cui all'art. 5, punto 1, di tale Convenzione (sentenze *Kalfelis*, *cit.*, punto 18; *Reichert e Kockler*, *cit.*, punto 16; e 27 ottobre 1998 in causa n. C-51/97, *Réunion européenne e a.*, in *Raccolta*, I, p. 6511, punto 22).

22. Inoltre, occorre rilevare che, sebbene l'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles non esiga la conclusione di un contratto, nondimeno si rende indispensabile identificare un'obbligazione, posto che la competenza del giudice nazionale è determinata, in materia contrattuale, in relazione al luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita.

23. Peraltro, occorre rammentare che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, la nozione di «materia contrattuale» di cui all'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles non può ricomprendere le fattispecie in cui non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra (citate sentenze *Handte*, punto 15, e *Réunion européenne e a.*, punto 17).

24. Orbene, dal fascicolo non risulta che sia esistito un qualsivoglia impegno liberamente assunto dalla HWS nei confronti della Tacconi.

25. Considerate le circostanze della fattispecie oggetto della causa principale, l'obbligo di risarcire il preteso pregiudizio risultante da una rottura ingiustificata delle trattative potrebbe derivare solo dalla violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto.

26. Di conseguenza, è giocoforza constatare che la responsabilità che eventualmente risulta dalla mancata conclusione del contratto oggetto della domanda nella causa principale non può essere di natura contrattuale.

27. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione pregiudiziale nel senso che, in un contesto come quello della causa principale, caratterizzata dalla mancanza di impegni liberamente assunti da una parte nei confronti di un'altra in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto e dall'eventuale violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell'ambito di tali trattative, l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi delitti, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles.

Sulla seconda e sulla terza questione

28. Dato che la prima questione è stata risolta in senso affermativo, non occorre risolvere le altre questioni proposte dal giudice *a quo*.

(*Omissis*)

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA ALLA LUCE DELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES

Sommario: 1. La sentenza della Corte di giustizia - 2. I fatti oggetto della controversia - 3. Il rapporto fra il foro in materia contrattuale (art. 5, n. 1) e quello in materia extracontrattuale (art. 5, n. 3) - 4. Segue: le conclusioni dell'Avvocato Generale - 5. Il problema della qualificazione giuridica della culpa in contrahendo - 6. Conclusioni.

1. La sentenza della Corte di giustizia

Con la sentenza sopra riportata, resa il 17 settembre 2002¹, la Corte di giustizia ha affrontato per la prima volta il tema della responsabilità precontrattuale al fine di individuare il giudice competente entro l'alveo del foro speciale ex art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles² (in materia contrattuale, davanti al

¹ In causa n. C-334/00, *Fonderie officine meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH* (Presidente Iglesias, Relatore Rodriguez, Avvocato generale Geelhoed), in *Raccolta*, 2002, I, p. 7357 e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 236. BERTOLI, *Criteri di giurisdizione e legge applicabile in tema di responsabilità precontrattuale alla luce della sentenza Fonderie meccaniche Tacconi*, *ivi*, 2003, p. 109, nonché BONELLI, *Responsabilità precontrattuale. Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze e principi UNIDROIT*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 183 e MANKOWSKI, *Die qualification der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertagsbegriff des europäischen IZPR und IPR*, *IPRax*, 2003, p. 127.

² La Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale ed il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale è stata resa esecutiva in Italia con legge 21 giugno 1971 n. 804 (*Guri* n. 254 dell'8 ottobre 1971) ed è entrata in vigore il 1° febbraio 1973. L'Italia ha ratificato anche le successive Convenzioni con riferimento all'adesione dei nuovi Stati membri della Comunità europea. La letteratura sulla Convenzione di Bruxelles e su quella "parallela" siglata a Lugano il 16 settembre 1988 fra gli Stati membri della Comunità europea e quelli aderenti all'EFTA è vastissima. Per i riferimenti di maggiore importanza si veda: LUZZATTO, *Giurisdizione e competenza nel sistema della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 63; CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo: dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento (CE) 44/2001*, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2002; POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e sull'esecuzione delle sentenze*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 1995; GAJA, *Sui rapporti tra la convenzione di Bruxelles e le altre norme concernenti la giurisdizione ed il riconoscimento di sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 253.

giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita³) piuttosto che in quello dell'art. 5, n. 3 (in materia di delitti o quasi delitti, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto⁴).

Preliminarmente va ricordato che la Convenzione di Bruxelles è stata sostituita dal regolamento (Ce) n. 44 del 22 dicembre 2001⁵, entrato in vigore il 1° marzo 2002, il quale non ha tuttavia esplicitato alcun effetto estintivo verso la stessa Convenzione che rimane in vigore. Esso, infatti, non incide sulle norme previste in materia di competenza e di riconoscimento delle decisioni né sulle convenzioni relative a materie speciali cui gli Stati membri aderiscono (si vedano i considerando n. 24 e n. 25)⁶; mentre va segnalata la differente formulazione letterale dell'art. 5, n. 3, del regolamento rispetto a quella di cui alla Convenzione, che sostituisce la categoria dei *delitti o quasi delitti* con quella degli *illeciti civili dolosi e colposi*⁷.

Quanto ad autori stranieri, possono leggersi KAYE, *Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgments. The application in England and Wales of the Brussel Convention of 1968*, Oxford, Abingdon, 1987; COLLINS, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, London, Butterworths, 1983; JENARD, *Relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Guce* n. C 59 del 5 marzo 1979; DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Communautaire. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Dalloz, 1972; KROPHÖLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 7. Aufl., Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2002.

³ La Convenzione di Bruxelles ed il regolamento n. 44/2001 individuano una serie di fori c.d. speciali rispetto alla regola generale di cui all'art. 2 della Convenzione, per la quale le persone aventi domicilio in uno Stato contraente, a prescindere dalla loro nazionalità, sono convenute davanti alle giurisdizioni di tale Stato secondo criteri determinati *ratione loci*. Ciò anche sulla scorta del principio di cui all'art. 3, c. II, della stessa Convenzione, il quale esclude possano essere invocate nei confronti di dette persone le disposizioni dei singoli ordinamenti sospettate di costituire "fori esorbitanti" (per l'Italia si tratta degli artt. 2 e 4, nn. 1 e 2, c.p.c., entrambi comunque abrogati dalla legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del diritto internazionale privato). Per approfondimenti, BALLARINO *Diritto internazionale privato*, 3^a ed., Padova, Cedam, 1999.

⁴ Sull'argomento si veda MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles, I. Il sistema della competenza*, Padova, Cedam, 1999, p. 248, nonché CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, cit. *supra*, nota 2; SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001: la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968*, 2^a ed., Padova, Cedam, 2003, nonché ID., *La Convenzione di Bruxelles e la sua revisione*, Padova, Cedam, 2000, p. 51; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 2^a ed., Torino, Utet, 2001, p. 46.

⁵ In *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001 e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 815. Nella stessa *Rivista*, 2002, p. 539 si vedano le rettifiche apportate al regolamento, i cui allegati I e II sono stati modificati dal regolamento (Ce) n. 1469/2002 del 21 agosto 2002.

⁶ Un'ampia trattazione è svolta da SIANI, *Il regolamento Ce n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle sentenze - Parte Prima: La cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (Ce) n. 44/2001*, in questa *Rivista*, 2003, p. 451 ss. nonché ID., *Parte seconda: Il riconoscimento e l'esecutività delle decisioni e degli atti*, *ivi*, p. 653.

Si veda anche BERTOLI, *La disciplina della giurisdizione civile nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 625.

⁷ Il regolamento n. 44/2001 non ha riproposto la terminologia utilizzata nella Convenzione, considerando che la bipartizione fra delitti e quasi delitti degli illeciti extracontrattuali, utilizzata nel diritto francese, è invece sconosciuta alla maggioranza degli ordinamenti. Si veda il contributo di DAVI, *La responsabilità extracontrattuale nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, Torino, Utet, 1997.

2. I fatti oggetto della controversia

I fatti di causa vengono di seguito rapidamente descritti.

La società *Tacconi* ha convenuto dinanzi al Tribunale del capoluogo umbro la società tedesca *HWS* lamentando l'ingiustificato rifiuto di stipulare un contratto di compravendita di un impianto di formatura tra quest'ultima ed una società di leasing, la *B.N. Commercio e Finanza S.p.a.*, sul presupposto che la *Tacconi* e la *B.N.* avevano già sottoscritto, con il consenso della convenuta, un contratto di *leasing* relativo a detto impianto. Tale rifiuto, secondo la società italiana, si sarebbe posto in violazione degli obblighi di correttezza e di buona fede gravanti sulla *HWS*, la quale avrebbe per ciò pregiudicato le legittime aspettative della *Tacconi* di concludere la vendita.

La *HWS* si è costituita eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice italiano, deducendo l'esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato e, gradatamente, ritenendo applicabile l'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles.

Tramite regolamento di giurisdizione la *Tacconi* ha chiesto alla Corte di cassazione di dichiarare la controversia appartenente al giudice italiano, esponendo che l'accordo definitivo con la *HWS* non si era concretizzato perché ad ogni proposta aveva fatto seguito una risposta non conforme da parte della società tedesca, che dopo una lunga fase di trattativa avrebbe improvvisamente abbandonato il negoziato; prospettata l'esistenza della responsabilità precontrattuale della *HWS* ai sensi dell'art. 1337 c.c., la società italiana ha ritenuto, ai sensi dell'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles, che competente a conoscere della controversia doveva essere il giudice italiano, in quanto l'evento dannoso – inteso quale luogo ove sostanziatosi il depauperamento del soggetto lesa – si era verificato presso la sua sede, appunto in Italia.

La Suprema Corte, quale giudice nazionale di rinvio⁸ ha prospettato l'inapplicabilità dell'art. 5, n. 1, alla fattispecie poiché, mancando la conclusione di un contratto, non può esistere inadempimento alcuno ed ha chiesto in via pregiudiziale alla Corte comunitaria se, anzitutto, la responsabilità precontrattuale rientri nell'art. 5, n. 3, o, in caso negativo, nell'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles e quale sia, in tal caso, l'obbligazione dedotta in giudizio; infine se, in caso di risposta negativa, all'azione in oggetto sia applicabile il solo criterio generale del domicilio del convenuto di cui all'art. 2.

⁸ Gli artt. 2 e 3 del Protocollo di Lussemburgo del 3 giugno 1971 relativo all'interpretazione da parte delle Corti di giustizia della Convenzione di Bruxelles, come modificato dalle Convenzioni di adesione del 9 ottobre 1978, del 25 ottobre 1982 e del 26 maggio 1989, prevedono che determinate giurisdizioni – la Corte di cassazione per l'Italia – hanno il potere di domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale qualora tali giurisdizioni, davanti alle quali è stata sollevata una questione interpretativa attinente la Convenzione, ritengano la medesima necessaria per emanare la sentenza sul punto. Si noti che tali giurisdizioni sono tenute ad adire la Corte, a differenza delle giurisdizioni degli Stati contraenti che giudicano in grado d'appello. Sul Protocollo si veda POCAR, *Il Protocollo sull'interpretazione uniforme della convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, p. 281.

3. Il rapporto fra il foro in materia contrattuale (art. 5, n. 1) e quello in materia extracontrattuale (art. 5, n. 3)

Per lo studioso del diritto internazionale privato la sentenza in commento riveste importanza per aver stabilito che la tutela contro forme di pretesa responsabilità precontrattuale ed in violazione del generale dovere di ogni contraente di agire secondo buona fede⁹, deve invocarsi, nello spazio giurisdizionale europeo, avanti al giudice determinato ex art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles.

La Corte di giustizia ha espletato il proprio *iter* argomentativo sottolineando *in primis* la necessità di attribuire alle nozioni utilizzate dalla Convenzione – per ciò che qui interessa, quella di *materia contrattuale* e di *delitti o quasi delitti*¹⁰ – una valenza interpretativa autonoma. Nel testo convenzionale è difatti frequente l'utilizzo di espressioni e nozioni giuridiche mutuata dal diritto civile, commerciale e processuale degli Stati membri, le quali hanno sovente portata diversa da Stato a Stato¹¹, ma che non per questo devono inter-

⁹ Il riscontro normativo della responsabilità precontrattuale nell'ordinamento italiano è l'art. 1337 c.c., la cui natura ed estensione sono tutt'altro che pacifiche in dottrina. Si veda MESSINEO, *Il contratto*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 892, che la ritiene una forma di responsabilità contrattuale; per l'ipotesi invece di illecito extracontrattuale, SACCO, *La preparazione del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, X, 360 e *Il contratto*, II, *Trattato Sacco*, Torino, Utet, 2002, p. 255; BIANCA, *ivi*, p. 157 e *Art. 1 Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, Cedam, 1995, p. 903. Altri autori (VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987, p. 62 e CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XXXIX, p. 1270) hanno invece invocato un *tertium genus* rispetto alle due precedenti forme. In giurisprudenza si segnala Cass., Sez. un., 16 luglio 2001 n. 9645, in *Giust. civ.*, Mass. 2001, p. 1404, che individua nella responsabilità precontrattuale una forma di illecito extracontrattuale, sulla scorta del principio per cui, dovendo i contraenti agire secondo buona fede, la violazione delle regole di condotta stabilite per il corretto *iter* formativo del contratto deve essere vagliata alla stregua degli artt. 2043 e 2056 c.c. pur dovendosi tenere in considerazione le specificità dell'illecito in giudizio. La Suprema Corte ha pure ritenuto che la *culpa in contrahendo* possa sorgere tanto in relazione al processo formativo del contratto, quanto in rapporto alle semplici trattative, «riguardate come quella fase anteriore in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza verso la stipulazione del contratto, senza ancora porre in essere alcuno di quegli atti di proposta e di accettazione che integrano il vero e proprio processo formativo», Cass. civ., 14 febbraio 2000 n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, c. 2250, con nota di MUSY.

Per spunti comparativi di diritto privato in tema di illecito aquiliano si veda HONORATI, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 323, ove si leggono ampi riferimenti alla legge tedesca del 21 maggio 1999, entrata in vigore il 1° giugno 1999, recante norme di diritto internazionale privato in materia di responsabilità da fatto illecito.

¹⁰ Ora da intendersi, come detto, *illiciti civili dolosi e colposi*, *supra*, par. 1 e note 5, 6 e 7.

¹¹ Nella nota sentenza 6 ottobre 1976 in causa n. 12/76, *Tessili c. Dunlop*, in *Raccolta*, 1976, p. 1473, la Corte, ricordando come la Convenzione di Bruxelles sia stata conclusa in esecuzione delle finalità di cui all'art. 220 del Trattato Cee ha sottolineato l'esigenza di una sua uniforme interpretazione, che tenga in conto tali finalità nonché il suo collegamento con il Trattato. Sul punto si veda anche la sentenza 14 ottobre 1976 in causa n. 29/76, *LTU c. Eurocontrol*, in *Raccolta*, 1976, p. 1541 nella quale viene specificato che la nozione di cui all'art. 1 della Convenzione di Bruxelles relativa alla materia civile e commerciale debba intendersi quale nozione autonoma da interpretarsi, oltre che in linea con gli obiettivi e con lo stesso sistema della Convenzione, anche sulla scorta dei principi generali desumibili dal complesso degli ordinamenti nazionali. Si vedano anche le

pretarsi come mero rinvio al diritto materiale interno dell'uno o dell'altro degli ordinamenti nazionali in questione per ogni fattispecie¹².

La Corte ha anche ribadito come i fori di cui all'art. 5, attesa la loro specialità, ovvero il fatto di costituire deroghe al foro generale del convenuto tassativamente determinate dal legislatore, necessitino di un'interpretazione restrittiva che non si spinga oltre i casi contemplati; peculiarità delle competenze speciali è difatti quella di trovare fondamento nell'esistenza di un collegamento particolarmente stretto tra una specifica controversia ed i giudici del diverso luogo rispetto a quello in cui il convenuto ha il proprio domicilio.

Sulla scorta di tali premesse i giudici comunitari hanno colto così l'occasione per dar conferma dell'impalcatura concettuale che ha sorretto la precedente giurisprudenza sull'art. 5, n. 3¹³, la quale non si era comunque mai occupata di tematiche attinenti la responsabilità prenegoziale¹⁴.

La delicata questione del concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale viene vagliata ripercorrendo i tracciati interpretativi già segnati dalla stessa Corte circa i fori in dibattito. Nello studio della relazione tra i due criteri di competenza¹⁵ si pone essenzialmente il problema di appurare se l'azione che si deduce fondata su di un fatto illecito o su di un inadempimento contrattuale alla stregua dei parametri d'interpretazione dell'ordinamento interno, lo sia anche secondo la Convenzione.

Principio cardine enucleato dalla Corte comunitaria è quello che la materia degli *illeciti civili dolosi o colposi*, oltre che da intendersi come nozione autonoma attiene ad un foro speciale entro il quale confluiscono tutte le domande tese all'accertamento della responsabilità del convenuto che non si

sentenze 22 marzo 1983 in causa n. 34/82, *Peters c. Zuid*, in *Raccolta*, 1983, p. 987 e 17 giugno 1992 in causa n. C-26/91, *Handt c. TMCS*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3967.

¹² V. sentenza in causa n. 29/76, *loc. cit.*

¹³ V. sentenze del 30 novembre 1976 in causa n. 21/76, *Bier c. Mines de potasse d'Alsace*, in *Raccolta*, 1976, p. 1735; 27 settembre 1988 in causa n. 189/87, *Kalfelis c. Banque Schröder*, in *Raccolta*, 1988, p. 5565; 27 ottobre 1998 in causa n. C-51/97, *Réunion européenne c. Spliethoff's*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6511; 11 luglio 2002 in causa n. C-96/00, *Gabriel*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6367; 1° ottobre 2002 in causa n. C-167/00, *Henkel*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8111.

¹⁴ Invero, la sentenza 17 dicembre 1998 resa dal Tribunale di primo grado in causa n. T-203/96, *Embassy Limousines c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 4239, aveva già ricondotto la responsabilità prenegoziale nell'ambito degli illeciti aquiliani, pur trattandosi nella specie di una trattativa contrattuale fra un organo comunitario ed un soggetto privato. Per il riconoscimento della *culpa in contrahendo* a carico di un soggetto pubblico, v. Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2001 n. 4776, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 1235, con nota di TASSONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l. 205/2000*, p. 1237.

¹⁵ Per un raffronto dei due criteri di responsabilità alla luce della Convenzione di Bruxelles, v. HONORATI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e giurisdizione ai sensi della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 281; GESTRI, *Alcune questioni in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 53.

riallaccino all'alveo contrattuale di cui all'art. 5, n. 1¹⁶. Si tratta di un principio fondato su di un criterio "in negativo" (ciò che non rientra in una nozione rientra nell'altra) o meglio, residuale, ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia e che - non lo si può nascondere - offre spunti applicativi non sempre chiari, soprattutto dinanzi a fattispecie che potrebbero porsi a metà strada fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale¹⁷. In questo senso, infatti, per quanto coerente rispetto alla propria pregressa giurisprudenza, la Corte non sembra tenere in particolare considerazione l'esistenza di fattispecie non collocabili nella materia contrattuale né in quella delittuale. Si pensi, ad esempio, all'*actio pauliana* che gli stessi giudici comunitari hanno escluso dalla competenza del giudice degli illeciti in quanto - si è ritenuto - tesa non alla condanna del debitore al risarcimento dei danni, bensì alla rimozione, nei confronti del creditore, degli effetti dell'atto dispositivo compiuto in sua frode¹⁸. Per converso, la competenza del foro contrattuale è stata esclusa, pur sussistendo uno specifico accordo contrattuale, in presenza di un'obbligazione controversa consistente in un impegno di non fare ed avulso da precise limitazioni geografiche, dunque caratterizzata da una pluralità di luoghi in cui la prestazione è stata o deve essere eseguita¹⁹. Non può nascondersi, allora, che casi come quelli esposti finiscano per intaccare il principio della logica residuale che presiede l'applicazione dell'art. 5, n. 3, così mettendo in luce l'eccessivo schematismo.

In tale contesto va anche ricordato il rilevante contributo interpretativo fornito dalla medesima Corte comunitaria a proposito della nozione di «evento dannoso» (che, in definitiva, funge da criterio di competenza). A partire dalla sentenza del 30 novembre 1976, *Bier c. Mines de potasse d'Alsace*²⁰, è stato difatti ritenuto che il legame giustificativo del ricorso al foro degli illeciti si riferisce tanto al luogo in cui è insorto il danno quanto a quello ove verificatosi l'evento generatore del medesimo, così prospettandosi per l'attore l'utilizzo alternativo dei due criteri di localizzazione dell'illecito civile²¹.

¹⁶ Nello stesso senso si veda anche Cass. civ., Sez. un., 15 novembre 2000 n. 1179, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 3011, con nota di SIMONE e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 689.

¹⁷ Si veda BUCHER - BONOMI, *Droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2001.

¹⁸ V. sentenza 26 marzo 1992 in causa n. C-261/90, *Reichert II*, in *Raccolta*, 1992, p. 2181.

¹⁹ V. sentenza 19 febbraio 2002 in causa n. C-256/00, *Besix SA c. Wassereiningungsbau*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 489; si veda il commento di FRANZINA, *Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (Ce) n. 44/2001*, *ivi*, p. 391.

²⁰ In causa n. 21/76, *cit. supra*, nota 13.

²¹ Sul dibattito circa la c.d. teoria dell'azione e quella c.d. dell'evento, nonché, più in generale, sulla questione della localizzazione del *forum damni*, v. CALLORI, *Giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale: l'art. 5 n. 3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e la questione della localizzazione del forum damni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 615.

Nella sentenza *Kalfelis*²² del 27 settembre 1988 la Corte di giustizia, chiamata a decidere se la nozione di *delitto o quasi delitto* dovesse ricavarsi dal diritto dei singoli ordinamenti nazionali o non invece autonomamente interpretarsi, aveva sottolineato l'opportunità di evitare il rinvio al diritto interno di ogni Stato interessato e, per ciò, che tale nozione fosse autonoma e da interpretarsi secondo il sistema e le finalità della Convenzione²³.

In definitiva, ferme le osservazioni sopra avanzate può forse giustificarsi secondo questo assunto l'interpretazione residuale attribuita dai giudici comunitari alla materia di cui all'art. 5, n. 3, tenuto conto delle maggiori difficoltà esegetiche cui, al contrario, andrebbe incontro un'interpretazione "positiva" dei fatti illeciti²⁴.

D'inciso, giova precisare che l'art. 5, n. 3, fa riferimento ad ipotesi di responsabilità *ex lege Aquilia de damno*, nonostante il legislatore della Convenzione di Bruxelles utilizzi espressioni (i *quasi delitti*) vetuste ed ormai espunte dal nostro ordinamento²⁵. Peraltro, il perimetro applicativo della norma *de quo* non è limitato ad ipotesi di commissione di un illecito, ma si estende anche ad azioni di mero accertamento circa l'esistenza o meno della responsabilità; è stata prevista anche una sorta di "anticipazione" della tutela giurisdizionale, nel senso di potersi invocare tale criterio di competenza dinanzi ad un immediato e concreto pericolo di danno, benché lo stesso non si sia ancora verificato²⁶.

Delineata l'estensione della materia delittuale, la Corte mette in risalto come, sebbene non necessaria la conclusione di un contratto, l'identificazione di una specifica obbligazione sia nondimeno indispensabile per poter affermare la competenza del foro contrattuale. A conferma della precedente giurispru-

²² *Cit. supra*, nota 13, in *Raccolta*, 1988 e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 927.

²³ In tale direzione, nella sentenza *Gubisch c. Palumbo* in causa n. 144/86, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 566, la Corte aveva avuto occasione di evidenziare che il canone dell'interpretazione autonoma, per il quale la dottrina è invece ampiamente favorevole (v. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986), non è l'unico utilizzabile, per quanto seguito per la maggiore.

²⁴ Critiche a tale impostazione sono espresse da GAUDMENT TALLON, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1989, p. 117, che ritiene come la Corte assicurerebbe maggior certezza del diritto esaminando gli illeciti di ogni singola fattispecie materiale come posta alla sua attenzione. L'autrice sostiene che una definizione generale ed astratta della materia contrattuale sia «irréaliste et abstraite», sicché «définir la matière délictuelle par opposition à la matière contractuelle qui elle-même n'a pas reçu de définition générale ne paraît pas de bonne méthode».

²⁵ Si veda MARI, *Il diritto processuale civile*, *cit. supra*, nota 4, p. 376, per cui il foro speciale dell'art. 5, n. 3 sarebbe più opportunamente da conglobarsi nell'alveo della responsabilità civile, che definisce più compiutamente l'istituto della responsabilità extracontrattuale. Sulla diversa terminologia utilizzata dal regolamento n. 44/2001, si veda *supra*, nota 10.

²⁶ La formulazione letterale dell'art. 5, n. 3, del regolamento n. 44/2001 fa riferimento infatti al «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire». Si veda MARI, *Il diritto processuale civile*, *cit. supra*, nota 4, p. 380, CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, *cit. supra*, nota 2, p. 82 e SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere*, *cit. supra*, nota 4, p. 52.

denza viene evidenziato come non possano ricondursi entro tale foro situazioni in cui non esistono obblighi liberamente assunti *inter partes*²⁷.

Tale considerazione sembra essere stata determinante al fine di ritenere applicabile alla fattispecie in commento la competenza del foro ex art. 5, n. 3. La *HWS* non risultava aver sottoscritto specifici accordi con la *Tacconi*. In questo senso, l'eventuale sussistenza di una responsabilità prenegoziale viene giudicata dalla Corte come di natura non contrattuale, nascendo la conseguente obbligazione risarcitoria dalla violazione del dovere (giuridico) di ogni contraente di comportarsi secondo buona fede in sede di trattative.

La *HWS* aveva invece sostenuto la diversa natura della *culpa in contrahendo*, non inquadrabile nella responsabilità extracontrattuale né in quella contrattuale²⁸ (quest'ultima, come rilevato dalla Corte comunitaria, da collegarsi solo a specifiche ipotesi in cui v'è un rapporto col soggetto ritenutosi leso e senza che si possa prescindere dal contenuto delle trattative). Mentre, infatti, la responsabilità aquiliana dovrebbe esser presa in considerazione solo per ipotesi di violazione del generale principio dell'*alterum non laedere* ed in relazione a tipologie di diritti "primari" od "assoluti" – ha ritenuto la *HWS* – la riconduzione della controversia in specie al foro contrattuale doveva parimenti escludersi, non esistendo fra le parti accordi contrattuali. Dunque, non poteva che competere al giudice tedesco, giudice del domicilio del convenuto ex art. 2, di conoscere della controversia.

La Corte di giustizia ha disatteso la tesi della società tedesca e così, di fatto, l'orientamento che colloca la responsabilità precontrattuale in un *tertium genus* rispetto alle categorie dell'illecito contrattuale ed extracontrattuale²⁹.

La bipartizione avanzata dalla *HWS* fra obblighi assoluti e relativi non ha trovato aderenza nel tessuto concettuale elaborato dai giudici lussemburghesi. La distinzione dei doveri di condotta generalmente incombenti sui consociati secondo il principio del *neminem laedere* pare infatti essere irrilevante dinanzi allo specifico dovere giuridico di comportarsi secondo buona fede, principio dalla cui violazione deriva l'obbligazione risarcitoria.

In linea con le conclusioni avanzate dalla Commissione e dalla *Tacconi*, la Corte comunitaria ha insomma mostrato di voler confermare il pregresso filone interpretativo, che richiama il foro degli illeciti civili quando non esista o non sia possibile determinare un'obbligazione radicante la competenza del giudice in materia contrattuale.

²⁷ V. sentenze *Handte c. TMCS* in causa n. C-26/91, *cit. supra*, nota 11 e *Réunion européenne c. Spliethoff's*, *cit. supra*, nota 13.

²⁸ Nelle osservazioni presentate davanti alla Corte di giustizia la *HWS* aveva sottolineato il rilievo che la parte che avvia un negoziato con un'altra lo fa accettando il rischio che quest'ultima violi le norme sulla buona fede contrattuale e le cagioni un danno.

²⁹ Per quanto attiene il dibattito nella dottrina italiana sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale, si veda *supra*, nota 9. Sulla buona fede v. anche D'AMICO, *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 335.

4. Segue: le conclusioni dell'Avvocato Generale

La decisione in commento pecca forse di eccessiva "rigidità", nel senso di strettamente attenersi all'ormai consolidata interpretazione della relazione tra foro contrattuale e foro delittuale, ma è certamente fedele alla precipua finalità della Convenzione di Bruxelles di uniformare, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, i criteri di competenza giurisdizionale, parimenti rendendo il più possibile manifesta l'esigenza di prevedibilità del foro adito.

Necessità, al contrario, non immediatamente conciliabile con le conclusioni dell'Avvocato Generale, il quale ha auspicato una soluzione che tenesse conto dell'intensità e del livello delle trattative raggiunte dai contraenti.

Più esattamente, mentre nella prima fase del processo formativo delle trattative negoziali le parti sono libere di porvi termine senza che ciò comporti responsabilità alcuna, nella seconda esiste già un legittimo, reciproco affidamento fra i soggetti del rapporto, la cui violazione ben può essere ragione di ristoro delle spese sopportate e dell'interesse contrattuale negativo³⁰. Solo nella terza fase, quando cioè il consenso sugli *essentialia negotii* si è formato – prosegue l'Avvocato Generale – si parla di veri e propri obblighi giuridici i quali, ancorché non trasfusi in un documento contrattuale formalmente sottoscritto, si evincono comunque dall'ormai avanzato, se non pressoché concluso, stadio delle trattative³¹.

In altre parole, pur in assenza di una relazione negoziale, la competenza del foro contrattuale sarebbe ipotizzabile laddove le parti abbiano già individuato le linee portanti del contratto o quando vi sia un principio di esecuzione che induca una di loro a ragionevolmente considerarlo esistente. Mentre l'interruzione di trattative versanti ancora in stato embrionale non avrebbe inci-

³⁰ Definito come l'interesse «a che le trattative - atteso il loro esito infruttuoso - non fossero neppure iniziate, o non fossero proseguite», DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, vol. I, Padova, Cedam, 1984, p. 34. L'Avvocato Generale individua l'interesse negativo, oltre che nelle spese inutilmente affrontate anche nelle «occasioni, perdute, di stringere validi accordi» (punto 58 delle conclusioni). Benché non si ritenga ristorabile l'interesse contrattuale positivo, ovverosia i vantaggi che la parte in buona fede avrebbe potuto ricavare nel caso di positiva conclusione del contratto, nelle conclusioni (punti 62 e 66) è presente un accenno alla possibilità di rivendicare anche tale diritto, quando si sostanzia nell'azione volta ad ottenere la conclusione del contratto od il risarcimento per equivalente. Possibilità che trae spunto dal diritto olandese, il quale ravvisa l'esistenza di una fase in cui le trattative sono di intensità tale da non più giustificare la loro interruzione, tanto da potersi riconoscere la risarcibilità appunto dell'interesse contrattuale positivo (v. *Hoge Raad*, 18 giugno 1982, *Plas c. Valburg*, NJ 1983).

³¹ Viene osservato (punto 79 delle conclusioni) come per l'esatta determinazione del momento di conclusione del contratto rilevino anche i criteri di cui all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles in tema di proroga di competenza (ora art. 23 del regolamento n. 44/2001), laddove, in mancanza di un contratto scritto (o di conferma orale), la sua conclusione può ricollegarsi alle pratiche in voga fra le parti stesse o rifarsi agli usi osservati nel commercio internazionale per la tipologia di contratto od il ramo commerciale considerato.

denza tale da radicare il foro contrattuale, determinandosi per converso l'applicazione dell'art. 5, n. 3³².

Si tratta di una soluzione certamente più duttile, benché in contrasto con la preminente necessità di permettere all'attore di agevolmente individuare il giudice che intende adire ed al convenuto di fare in proposito ragionevoli previsioni³³. Né può nascondersi il grado di discrezionalità che la permea: la presenza di profili di interpretazione soggettiva, oltre che di parametri scarsamente predeterminabili potrebbe rendere al giudice tutt'altro che agevole la scelta dell'esatto momento temporale in cui ritenere radicato il *forum contractus*.

È poi evidente come la determinazione del giudice competente discenda, oltre che dall'individuazione del momento di perfezionamento del contratto³⁴, anche e precipuamente dalla questione circa la sua stessa esistenza.

Lo *status* di un contratto non solo può variare in relazione al mutare della legge dello Stato competente a disciplinarlo³⁵, ma le differenti modalità in cui si

³² L'Avvocato generale porta la distinzione fra obblighi e reciproche aspettative fra le parti, più o meno giustificate, a che le trattative non vengano improvvisamente interrotte o che parallelamente non se ne conducano altre, in modo non esplicito, con un concorrente; ipotesi che, secondo lo stesso Avvocato Generale, sarebbero fonte di responsabilità aquiliana (cfr. punto 77).

³³ V. sentenza 13 luglio 1993 in causa n. C-125/92, *Mulox c. Geels*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 432. L'undicesimo *considerando* del regolamento n. 44/2001 prevede che le norme in tema di competenza debbano presentare un elevato grado di prevedibilità, ciò che d'altronde è necessario per la certezza del diritto, fondamentale finalità della Convenzione di Bruxelles.

³⁴ In alcuni ordinamenti, come quello italiano (art. 1327 c.c.), il contratto si considera concluso anche quando ne viene data esecuzione prima della risposta dell'accettante, vuoi per la particolare natura dell'affare, per gli usi od anche perché così richiesto del medesimo proponente (anche se la disposizione è riferita per lo più al caso di contratti conclusi *inter absentes*). Si veda anche l'art. 18.3 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dell'11 aprile 1980 (firmata dall'Italia il 30 settembre 1981, resa esecutiva con la legge 11 dicembre 1985 n. 765 ed entrata in vigore in Italia il 1° gennaio 1988), in SCHIECHTRIEM, *Commentary on the Convention on international sale of goods*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

D'altro verso, la determinazione dell'esatto momento di conclusione di un contratto si rende problematica nei casi in cui, come nell'ordinamento tedesco, il silenzio del destinatario di una proposta contrattuale (più esattamente, il riferimento è da farsi alla conferma d'ordine, c.d. *Bestätigungsschreiben*) può valere come accettazione. Si veda BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit. *supra*, nota 3 p. 635; BONELL, *L'impatto del diritto uniforme sui diritti nazionali: il caso emblematico della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e della Convenzione di Roma sul diritto applicabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 261.

Sulla determinazione del momento di conclusione del contratto la nostra giurisprudenza è prevalentemente orientata nel ritenere che esso si perfezioni solo quando le parti hanno raggiunto l'accordo su tutti gli elementi che lo formano, tanto essenziali quanto secondari. Si veda Cass. civ., 15 marzo 1982 n. 1691, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 199 e Cass. civ., 7 giugno 1985 n. 3389, in *Riv. notar.*, 1986, p. 940. Peraltro, più recentemente la Suprema Corte ha ravvisato un'ipotesi di responsabilità contrattuale nonostante il contratto si fosse perfezionato, sanzionando così l'ingiustificato ritardo di una parte nell'addivenire alla stipula contrattuale: Cass. civ., 16 ottobre 1998 n. 10249, in *Contratti (I)*, 1999, p. 329, con nota di MUCIO e in *Danno e Responsabilità*, 1999, p. 419, con nota di LAMBO.

³⁵ La Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali pone in proposito un importante correttivo (art. 8, par. 2), consentendo ad una parte che intenda dimostrare di non aver dato il proprio consenso alla conclusione del contratto di riferirsi alla legge del Paese ove ha la residenza abituale, «se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del comportamento di questo contraente secondo la legge prevista nel par. 1». Sul punto, si veda, *amplius* DEL PRATO, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, Cedam, 1995, p. 1023 ss., cit. *supra*, nota 9.

esplica il relativo *iter* formativo nell'ambito del commercio internazionale possono anche dare luogo a dubbi sul suo effettivo venire in essere. È difatti noto che, per situazioni di particolare complessità³⁶, le parti intraprendono lunghe e laboriose trattative di messa a punto del contenuto negoziale mediante scambi di accordi, variamente denominati³⁷, cui però non si intende attribuire portata vincolante.

Tuttavia, la questione (*rectius*: eccezione) circa l'esistenza o meno di un rapporto contrattuale viene assorbita – secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia – nel più generale vaglio che il giudice adito deve fare della propria competenza³⁸: verificandola *ex officio*, egli compie contestualmente una disamina degli elementi costitutivi del contratto, i quali finiscono così per diventare presupposti per la determinazione dei criteri di giurisdizione³⁹. È evidente come, pur trattandosi di una valutazione che presuppone necessariamente in *limine litis* un sommario "ingresso" nel merito della causa, il giudice non sia comunque vincolato dalle allegazioni difensive proposte dalle parti in punto di giurisdizione e competenza.

5. Il problema della qualificazione giuridica della *culpa in contrahendo*

La Corte di giustizia, ispirandosi in buona parte alle conclusioni dell'Avvocato Generale ha così determinato il giudice competente a decidere della fattispecie in commento confermando le precedenti linee interpretative dell'art. 5, n. 1, senza però andare oltre, posto che i giudici comunitari in effetti non sono stati chiamati a dibattere sulla natura contrattuale od extracontrattuale della *culpa in contrahendo* nel sistema dello spazio giudiziario europeo.

La possibilità che, già in fase di trattativa, le parti di un contratto possano invocare forme di tutela più o meno intense è riconosciuta in tutti gli ordinamenti europei; si tratta per lo più di un principio di estrazione dottrinale o

³⁶ Si pensi ad esempio ai contratti costitutivi di *joint ventures*, di acquisizioni societarie o per la fornitura di impianti c.d. chiavi in mano.

³⁷ Uno strumento particolarmente diffuso è la lettera di intenti. In proposito, si veda RADICONI, *Le lettere di intenti*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, Utet, 1995; DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, cit. supra, nota 30, p. 47; BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, Cedam, 2001.

³⁸ La Sezione 7 della Convenzione di Bruxelles (artt. 19-21) è rubricata «Esame della competenza e della ricevibilità dell'azione», ora Sezione 8, artt. 25 e 26 del regolamento n. 44/2001.

³⁹ Nella causa n. 38/81 *Effere S.p.a c. Kanter*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 643, la Corte ha sancito il principio che il foro dell'adempimento contrattuale ex art. 5, n. 1, può radicarsi pur se controversa l'esistenza stessa del contratto. Sul punto, nelle osservazioni presentate in causa dal Governo del Regno Unito veniva prospettata una soluzione meno netta, nel senso che la contestazione dell'esistenza del contratto non esclude di per sé il foro contrattuale, sempre che l'obbligazione rivesta *prime facie* carattere contrattuale e l'attore versi in buona fede nella proposizione della domanda.

giurisprudenziale, essendo l'ordinamento italiano, come rilevato, il solo ad averne operata una codificazione agli artt. 1337 e 1338 c.c.⁴⁰.

Le soluzioni accolte nei sistemi giuridici degli Stati dell'Unione europea non costituiscono altro che il riflesso della bipartizione degli illeciti civili fondata, da un lato, sulla tipizzazione degli stessi e, dall'altro, ricondotta nella più generale sfera della responsabilità aquiliana⁴¹.

Tuttavia, il problema della qualificazione della responsabilità precontrattuale emerge con evidenza, non essendovi, nel panorama internazionalprivatistico, un inquadramento dogmatico e giurisprudenziale univoco⁴².

Nel sistema tedesco, così come in Austria, Grecia e Portogallo prevale la tesi della natura contrattuale⁴³.

In Francia e Belgio la responsabilità da immotivata rottura delle trattative è ricondotta nell'alveo della responsabilità delittuale⁴⁴.

Nel diritto inglese, da sempre ispirato sul terreno contrattuale ad un ampio riconoscimento del principio *freedom to contract*, l'istituto in tesi è sostanzialmente sconosciuto e la possibilità che i contraenti vadano incontro ad un *business loss* è un rischio collegato alla mancanza di specifici obblighi di condurre le trattative secondo principi di ragionevolezza ed equità; tuttavia, anche nel sistema anglosassone la tutela dei contraenti in fase negoziale sembra potersi ascrivere ai canoni della responsabilità extracontrattuale mediante la riconduzione dei comportamenti che interrompono le trattative contrattuali nella categoria dei *torts*⁴⁵.

In Olanda la *culpa in contrahendo* trova significativa attenzione secondo un'accorta distinzione del livello di "maturazione" delle negoziazioni, venen-

⁴⁰ Cfr. *supra*, nota 9.

⁴¹ Ciò che avviene nel nostro ordinamento con l'art. 2043 c.c.

⁴² Sul dibattito nella dottrina italiana circa la natura giuridica della responsabilità precontrattuale, v. *supra*, nota 9. Sulla questione della qualificazione quale operazione di «sussunzione di una fattispecie concreta nell'ambito di una norma di conflitto», BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit. *supra*, nota 3, p. 236, nonché BERNASCONI, *Der Qualificationprozess im Internationalen Privatrecht*, Zürich, 1997.

⁴³ La responsabilità aquiliana nel sistema tedesco è plasmata sul principio di tipicità dell'illecito (§ 823 BGB). Più specificamente, la dizione letterale del § 242 BGB parla di buona fede riferita al momento dell'esecuzione del contratto («die Bewirkung der Leistung»). «da aggiungere che il modello tedesco della buona fede contrattuale presenta contenuti di carattere "equitativo", attribuendosi particolare rilevanza – nell'ambito del diritto dei contratti – al mutamento delle circostanze (*Geschäftsgrundlage*). Si veda DI MAJO, in *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 150.

⁴⁴ Cfr. art. 1382 *Code Civil*, nonché, in giurisprudenza, Cour d'appel de Paris, 10 marzo 2000 e Cour de cassation, 7 aprile 1991.

⁴⁵ Si veda KAYE, *Law of the European Judgments Convention*, Roma, 1999 e High Court, 1° febbraio 2001, *Dunhill Ltd. c. Diffusion internationale de maroquinerie de prestige*.

Ulteriori spunti comparativi sull'argomento si leggono in ALPA, *Responsabilità precontrattuale. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, XXVII, 1991; KESSLER - FINE, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: a comparative Study*, in 77 *Col. L. Rev.*, 1964, p. 401; SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contract*, Paris, 1982; DRAETTA - LAKE, *Letters of intent and precontractual liability*, in *R.D.A.I.*, 1993, p. 836.

do così qualificata come contrattuale o delittuale secondo lo stadio raggiunto da queste ultime⁴⁶.

Infine, è da rilevare che anche nelle codificazioni di diritto materiale⁴⁷ è espresso il principio del generale dovere dei contraenti di comportarsi secondo buona fede in sede negoziale, a dimostrazione che il loro equilibrio informativo e la possibilità di fare l'un l'altro reciproco affidamento involge pure finalità di politica economica. Ma l'importanza della produzione normativa di talune organizzazioni internazionali⁴⁸ e l'indubbia utilità di una normativa "privata" non risolvono il problema della qualificazione giuridica della responsabilità in dibattito.

Essa rimane dunque oggetto di opposte linee interpretative sia nell'ordinamento italiano che a livello internazionalprivatistico, entro il quale, come s'è visto, emerge sia la soluzione extracontrattuale che quella contrattuale.

6. Conclusioni

La soluzione adottata dalla Corte di giustizia nella pronuncia in commento merita di essere condivisa, pur non sottraendosi alla già esposta censura circa la rigidità interpretativa nell'applicazione del foro degli illeciti ex art. 5, n. 3 in via residuale rispetto al *forum contractus*.

La netta scelta verso il giudice dei delitti pare poi rivestire maggior risalto proprio se si pensa all'incertezza dogmatica e giurisprudenziale che domina il panorama degli ordinamenti dei singoli Stati membri circa la responsabilità in argomento e, in definitiva, all'opportunità di non ingenerare ulteriori contrasti su di una questione già assai dibattuta. In questo senso, si fa notare⁴⁹ che anche negli ordinamenti nazionali nei quali la *culpa in contrahendo* è ritenuta di natura contrattuale⁵⁰, l'obbligazione che ne costituisce la fonte – ossia il do-

⁴⁶ Cfr. *supra*, nota 30.

⁴⁷ Cfr. i principi UNIDROIT, art. 2.15 «la parte che ha (...) interrotto le trattative in mala fede è responsabile per le perdite cagionate all'altra parte». Il testo ufficiale è reperibile in *Principles of international commercial contracts*, Roma, Unidroit, 1994. Tale codificazione colma l'evidente vuoto, nell'ambito del diritto del commercio internazionale, costituito dalla mancanza di regole uniformi sulla disciplina generale dei contratti. Si veda BONELL, *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Milano, Giuffrè, 1995; ID., *I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità*, in *Dir. comm. intern.*, 1995, p. 8. Anche nei principi europei di diritto dei contratti si riscontra l'affermazione del dovere legale delle parti di agire in buona fede. Cfr. sul punto CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁴⁸ Si veda BONELL, *Responsabilità precontrattuale*, cit. *supra*, nota 1, p. 190, che rileva come i Principi UNIDROIT rappresentino probabilmente la più importante «fonte di ispirazione per un'autonoma interpretazione della nozione di responsabilità precontrattuale nel contesto della Convenzione di Bruxelles».

⁴⁹ BONELL, *Responsabilità precontrattuale*, cit. *supra*, nota 1, p. 190.

⁵⁰ Cfr. *supra*, par. 5 e nota 43.

vere (legale) delle parti di agire secondo buona fede – non è comunque «liberamente assunta da una parte nei confronti dell'altra», ma codificata o plasmata dalla giurisprudenza.

D'altro verso, la qualificazione nell'alveo delittuale permette comodi accostamenti interpretativi, laddove la nozione di *materia contrattuale* di cui alla Convenzione di Bruxelles ben si attaglia a quella di *obbligazione contrattuale* accolta nella Convenzione di Roma del 1980, non fosse altro perché la seconda è stata concepita come naturale "propaggine" del testo del 1968. Permettere insomma che, dinanzi a fattispecie di responsabilità prenegoziali, anche la Convenzione di Roma trovi applicazione solo se esiste un rapporto contrattuale preserva, oltre che l'unità interpretativa delle nozioni e degli istituti civilistici a livello internazionalprivatistico, anche i primari obiettivi di certezza e prevedibilità del diritto. Ciò che, non a caso, ha rappresentato il *leit motiv* decisionale della sentenza *de quo*.

Alberto Ondei*

* Avvocato in Bergamo - Cultore di diritto internazionale privato e processuale presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

IL RIFIUTO DELLA PRESTAZIONE DI DISOCCUPAZIONE AI LAVORATORI FRONTALIERI DISOCCUPATI CHE SI SPOSTANO IN UN ALTRO PAESE DELL'UNIONE IN CERCA DI OCCUPAZIONE CONTRASTA CON IL REGOLAMENTO CEE N. 1408/71

Corte di giustizia

Sentenza del 6 novembre 2003 in causa n. C-11/01

Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato membro - Previdenza sociale dei lavoratori migranti - Artt. 69 del regolamento Cee n. 1408/71 - Art. 71, n. 1, lett. a., sub ii., del regolamento Cee n. 1480/71 - Prestazioni di disoccupazione - Lavoratori frontalieri - Mantenimento del diritto alle prestazioni in caso di ricerca di occupazione in un altro Stato membro - Prassi amministrativa di uno Stato membro - Negazione del diritto - Rifiuto del beneficio dell'indennità di disoccupazione - Artt. 39 ss. CE - Libera circolazione dei lavoratori - Inadempimento.

Negando ai lavoratori frontalieri in disoccupazione completa la facoltà di fare uso della possibilità prevista dall'art. 69 del regolamento Cee del Consiglio del 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Cee del Consiglio del 2 giugno 1983, n. 2001, di recarsi, alle condizioni indicate in tale disposizione, in uno o più Stati membri per cercarvi un'occupazione conservando al tempo stesso il loro diritto alle

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

prestazioni di disoccupazione, il Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza degli artt. 69 e 71 di tale regolamento¹.

¹ Nei Paesi Bassi, ai lavoratori frontalieri disoccupati, che ivi percepiscono prestazioni di disoccupazione in quanto residenti, viene negata dalle autorità del mercato del lavoro l'ulteriore fruizione di tali prestazioni, per il periodo in cui si trovino in un altro Stato membro dell'Unione allo scopo di cercarvi un'occupazione. In sostanza viene così negato ai lavoratori frontalieri disoccupati la facoltà di recarsi in un altro Stato membro per cercarvi un'occupazione, continuando a conservare il diritto alla prestazione di disoccupazione.

Una sentenza della suprema autorità giudiziaria nazionale ha ritenuto che tale pratica amministrativa, posta in essere dalle autorità olandesi, fosse pienamente legittima e conforme al regolamento Cee del Consiglio del 14 giugno 1971, n. 1408, (in *Guce* n. L 230 del 1971, p. 6, modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 631/2004, in *Gu-Ue* n. L 100 del 6 aprile 2004, p. 1 ss.).

La Commissione, per contro, ritenendo che tale prassi fosse contraria all'ordinamento comunitario, ha chiesto alla Corte di giustizia di accertare se il Regno dei Paesi Bassi fosse venuto meno agli obblighi contenuti negli artt. 69 e 71 del regolamento Cee n. 1408/71 a proposito delle condizioni e dei limiti relativi alla conservazione del diritto alle prestazioni per i disoccupati che si recano in uno Stato membro diverso dallo Stato competente e per quelli che durante la loro ultima occupazione risiedevano in uno Stato membro diverso dallo Stato competente: i lavoratori disoccupati che si recano in un altro Stato membro al fine di cercare un lavoro devono poter beneficiare delle prestazioni di disoccupazione per un periodo di tre mesi a partire dalla data alla quale l'interessato ha cessato di essere a disposizione degli uffici del lavoro dello Stato che ha lasciato.

Un cittadino olandese, il signor Lorenz, residente nei Paesi Bassi, aveva esercitato un'attività economica in Germania in qualità di lavoratore frontaliere beneficiando, una volta disoccupato, delle prestazioni di disoccupazione previste a carico delle istituzioni dei Paesi Bassi conformemente al regolamento Cee n. 1408/71. Avendo intenzione di recarsi in Francia per cercare una nuova occupazione chiedeva alle autorità competenti olandesi di poter continuare a percepire le prestazioni di disoccupazione durante il proprio soggiorno in Francia. Il rifiuto delle prestazioni, in quanto lavoratore frontaliere, faceva sì che il signor Lorenz presentasse una denuncia alla Commissione, la quale ha deciso di avviare il procedimento di infrazione previsto dall'art. 226 CE.

La Corte di giustizia precisa innanzitutto che il lavoratore frontaliere disoccupato beneficia delle prestazioni secondo le disposizioni della normativa dello Stato membro di residenza. Ne deriva anche che quest'ultimo è l'ente competente a corrispondere le prestazioni di disoccupazione (cfr. sentenza del 28 febbraio 1980 in causa n. 67/79, *Fellinger*, in *Raccolta*, 1980, p. 535). È chiaro che la disposizione di cui all'art. 71, n. 1, lett. a., sub ii., del regolamento Cee n. 1480/71 fa derivare l'applicazione della normativa del solo Stato di residenza escludendo, di conseguenza, la normativa dello Stato di occupazione (cfr. sentenze del 1° ottobre 1992 in causa n. C-201/91, *Grisvard e Kreitz*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5009 e del 12 giugno 1986 in causa n. 1/85, *Miethé*, in *Raccolta*, 1986, p. 1837).

La Corte precisa, altresì, che anche le disposizioni dell'art. 69 del regolamento Cee n. 1408/71 devono trovare applicazione nei confronti del lavoratore frontaliere disoccupato, in primo luogo perché tale disposizione ha come scopo quello di favorire la mobilità di coloro che cercano lavoro e di contribuire a garantire la libera circolazione dei lavoratori conformemente all'art. 39 del Trattato CE (cfr. sentenze del 10 maggio 1990 in causa n. C-163/89, *Di Conti*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1829, e del 21 febbraio 2002 in causa n. C-215/00, *Rydergård*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1817) e, in secondo luogo, perché escludere dal beneficio di tale disposizione i lavoratori frontalieri disoccupati di cui all'art. 71, n. 1, lett. a., sub ii., del regolamento sarebbe incompatibile con l'obiettivo sopra citato.

I lavoratori, se trattati in tale maniera, si verrebbero a trovare in una situazione sfavorevole rispetto alla generalità dei lavoratori, per i quali lo Stato di occupazione – di residenza o di soggiorno – è normalmente lo Stato competente e tale trattamento sarebbe, altresì, incompatibile con la normativa sulla libera circolazione dei lavoratori (cfr. sentenza *Fellinger*, cit.).

Inoltre, tali lavoratori sarebbero scoraggiati dal recarsi in un altro Stato membro per

cercare un'occupazione non potendo continuare ad avere le prestazioni di disoccupazione: ciò costituirebbe, inoltre, per gli stessi una penalizzazione per avere esercitato il diritto alla libera circolazione garantito dal Trattato.

Ne consegue, e così conclude la Corte, che le disposizioni dell'art. 69 del regolamento Cee n. 1480/71 trovano applicazione nei confronti dei lavoratori frontalieri disoccupati di cui all'art. 71, n. 1, lett. *a.*, sub *ii.* dello stesso regolamento e lo Stato membro di residenza degli stessi è tenuto a garantire loro, alle condizioni previste nel regolamento, il mantenimento del diritto alle prestazioni di disoccupazione.

LA DURATA ECCESSIVA DEI PROCEDIMENTI NON HA ALCUNA INFLUENZA SULL'APPLICAZIONE DELLE NORME SULLA LITISPENDENZA PREVISTE DALLA CONVENZIONE DI BRUXELLES

Corte di giustizia

Sentenza del 9 dicembre 2003 in causa n. C-116/02

Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 - Art. 21 della Convenzione - Litispendenza - Art. 17 della Convenzione - Clausola attributiva di competenza - Obbligo del giudice successivamente adito, designato in una clausola attributiva di competenza, di sospendere il procedimento - Durata eccessivamente lunga dei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato del giudice preventivamente adito - Art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - Assenza di incidenza.

Un giudice nazionale può, in forza del protocollo del 3 giugno 1971 relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificato dalla Convenzione del 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla Convenzione del 25 ottobre 1982 relativa all'adesione della Repubblica ellenica, dalla Convenzione del 26 maggio 1989 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese e dalla Convenzione del 29 novembre 1996 relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, sottoporre alla Corte una domanda d'interpretazione di questa Convenzione, nonostante essa si basi su affermazioni di una parte nella causa principale di cui tale giudice non ha ancora verificato la fondatezza, qualora ritenga, tenuto conto delle particolarità della causa, che una pronuncia pregiudiziale sia necessaria per poter emettere la sua sentenza e le questioni pregiudiziali che sottopone alla Corte siano pertinenti. Spetta ad esso tuttavia fornire a quest'ultima

*elementi di fatto e di diritto che le consentano di dare un'interpretazione di tale Convenzione che sia utile, nonché di indicare i motivi per cui ritiene che una soluzione delle sue questioni sia necessaria per la definizione della controversia*¹.

*L'art. 21 della Convenzione del 27 settembre 1968 dev'essere interpretato nel senso che il giudice successivamente adito e la cui competenza è stata fatta valere in forza di una clausola attributiva di competenza deve tuttavia sospendere il procedimento finché il giudice preventivamente adito si sia dichiarato incompetente*².

*L'art. 21 della Convenzione del 27 settembre 1968 dev'essere interpretato nel senso che non si può derogare alle sue disposizioni allorché, in generale, la durata dei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato contraente, in cui ha sede il giudice preventivamente adito, è eccessivamente lunga*³.

¹⁻³ Con la sentenza sopra massimata la Corte di giustizia ha interpretato l'art. 21 relativo alla litispendenza 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, come modificata da ultimo dalla Convenzione 29 novembre 1996, relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, in *Guce* n. C 15 del 1997, p. 1), ai sensi del quale: «Qualora davanti giudici di Stati contraenti differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice preventivamente adito. Se la competenza del giudice preventivamente adito è stata accertata, il giudice successivamente adito dichiara la propria incompetenza a favore del giudice preventivamente adito».

La società Gasser è austriaca e ha intrattenuto per diversi anni rapporti commerciali con la società italiana di Roma denominata Misat.

La Misat citava in giudizio la Gasser dinanzi al Tribunale civile e penale di Roma per fare dichiarare che il contratto vigente tra di esse cessava di diritto e, in subordine, che tale contratto era stato risolto per un disaccordo tra le due società. La Misat chiedeva, inoltre, al Tribunale di constatare l'assenza di qualsiasi inadempimento del contratto ad essa imputabile e di condannare la Gasser, per inosservanza del suo obbligo di lealtà, di diligenza e di buona fede, a risarcire il danno subito.

Di contro, la Gasser si rivolgeva all'organo giurisdizionale austriaco per ottenere il pagamento di alcune fatture non pagate dalla Misat e, al fine di giustificare la competenza del giudice austriaco adito, la Gasser sosteneva che esso era non solamente il giudice del luogo di esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles, ma pure il giudice designato con una clausola attributiva di competenza ai sensi dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles contenuta nelle fatture inviate dalla Gasser alla Misat.

Il giudice austriaco si è così rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire, da un lato, se la giurisdizione adita in secondo luogo deve rispettare le disposizioni dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles allorché tale giurisdizione sia competente esclusivamente a conoscere la controversia di cui alla causa principale in virtù di una clausola attributiva di competenza e, dall'altro lato, se tale giurisdizione possa derogare alle prescrizioni di cui all'art. 21 della Convenzione allorché le procedure dinanzi alle giurisdizioni dello Stato membro adito in primo luogo siano eccessivamente lunghe.

In primo luogo la Corte precisa lo spirito della Convenzione che è quello di evitare, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia nell'ambito della Comunità, procedimenti paralleli dinanzi ai giudici di diversi Stati contraenti, nonché il contrasto delle decisioni che potrebbe conseguire. Inoltre, dalla regola procedurale derivante dall'art. 21 si evince chiaramente che, in una situazione di litispendenza, il giudice successivamente adito deve sospendere d'ufficio il procedimento finché venga accertata la competenza del giudice preventivamente adito e, in tal caso, egli deve dichiarare la propria incompetenza a favore di quest'ultimo (la Gasser, nelle proprie argomentazioni, richiama la sentenza del 27 giugno 1991 in causa n. C-351/89, *Overseas Union Insurance e a.*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 3317

dalla quale risulta che l'art. 21 della Convenzione doveva essere interpretato nel senso che, quando la competenza del giudice adito per primo è contestata, il giudice adito per secondo può solo sospendere il procedimento, qualora non si dichiari incompetente, e non può accertare egli stesso la competenza del giudice adito per primo, «salvo il caso in cui il giudice adito per secondo abbia una competenza esclusiva contemplata dalla convenzione e, in particolare, dall'art. 16 della stessa»).

Nella causa principale una competenza del giudice successivamente adito è rivendicata sulla base dell'art. 17 della Convenzione ai sensi della quale: «Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato contraente, abbiano convenuto la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato contraente a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta al giudice o ai giudici di quest'ultimo Stato contraente (...)». Nel commercio internazionale tale clausola attributiva di competenza dovrà essere stipulata in una forma ammessa da un "uso" che le parti conoscevano o che avrebbero dovuto conoscere. La Corte osserva che deriva chiaramente dalla formulazione dell'art. 21 della Convenzione il compito del giudice preventivamente adito di pronunciarsi sulla propria competenza, eventualmente in relazione ad una clausola attributiva di competenza che verrebbe fatta valere dinanzi ad esso, la quale dev'essere considerata come una nozione autonoma da valutarsi solo in relazione ai requisiti dell'art. 17 sopra citato (cfr. sentenza del 10 marzo 1992 in causa n. C-214/89, *Powell Duffryn*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 1745).

L'interpretazione dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles è, inoltre, sostenuta dall'art. 19 della stessa che prevede l'obbligo per un giudice di uno Stato contraente di dichiararsi d'ufficio incompetente solo nel caso in cui venga investito a titolo principale di una controversia per la quale l'art. 16 prescrive la competenza esclusiva di un organo giurisdizionale di un altro Stato contraente, senza far nessun riferimento all'art. 17. Ne consegue che il giudice austriaco è tenuto a sospendere il procedimento affinché il giudice italiano si dichiari incompetente.

Infine, sulla questione concernente la lunghezza dei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali che caratterizza il nostro ordinamento, la Corte precisa che l'art. 21 della Convenzione non può derogare alle sue disposizioni e non può essere interpretato in modo da escludere che i procedimenti eccessivamente lunghi siano incompatibili con l'art. 6 della CEDU e restringano le libertà fondamentali garantite nella Comunità. Una deroga e un'interpretazione siffatta, così conclude la Corte di giustizia, sarebbero incompatibili con la finalità propria della Convenzione che si basa proprio sulla fiducia reciproca che gli Stati contraenti accordano ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie (la Corte ha così aderito pienamente alle conclusioni dell'Avvocato Generale M. Philippe Léger presentate in data 9 settembre 2003).

**LA PARTE SOCCOMBENTE È TENUTA A RIMBORSARE
SIA LE SPESE LEGALI DELL'AVVOCATO NOMINATO,
STABILITO IN UN ALTRO STATO MEMBRO, SIA QUELLE
DELL'AVVOCATO CHE ESERCITA DINANZI AL GIUDICE ADITO**

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-289/02

AMOK Verlags GmbH c. A & R Gastronomie GmbH

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 49-50 CE - Libera prestazione dei servizi - Direttiva del Consiglio del 22 marzo 1977, n. 77/249/Cee - Prassi giurisprudenziale che determina una discriminazione - Avvocato stabilito in uno Stato membro che agisce con un avvocato stabilito in un altro Stato

membro - Obbligo di concerto con un avvocato locale previsto dalla normativa comunitaria - Spese legali che la parte soccombente nella lite è tenuta a rimborsare alla parte vittoriosa - Limitazione - Armonizzazione.

Gli artt. 49 e 50 del Trattato CE, nonché la direttiva del Consiglio del 22 marzo 1977, n. 77/249/Cee, intesa a facilitare l'esercizio della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati, vanno interpretati nel senso che non ostano alla regola giurisprudenziale di uno Stato membro che limita sino alla concorrenza delle spese che avrebbe occasionato la rappresentanza da parte di un avvocato stabilito in tale Stato il rimborso, che deve effettuare la parte soccombente in una controversia nei confronti della parte che aveva ottenuto vittoria di causa, delle prestazioni di servizi fornite da un avvocato stabilito in un altro Stato membro¹.

L'art. 49 CE e la direttiva n. 77/249/Cee vanno interpretati nel senso che ostano alla regola giurisprudenziale di uno Stato membro ai sensi della quale la parte che ha ottenuto vittoria di causa in una controversia in cui è stata rappresentata da un avvocato stabilito in un altro Stato membro non può farsi rimborsare, dalla parte soccombente, oltre alle spese di tale avvocato, le spese di un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito il quale, a norma della legislazione nazionale di cui trattasi, era sollecitato ad agire di concerto con il primo avvocato².

¹⁻² Il rimborso delle spese legali di una parte che è stata rappresentata in giudizio da un avvocato stabilito in un altro Stato membro costituisce l'oggetto della questione pregiudiziale sollevata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte la società tedesca AMOK Verlags GmbH (di seguito AMOK) e la società austriaca A & R Gastronomie GmbH (di seguito A & R).

Nella causa principale, la A & R, parte vittoriosa, chiedeva la rifusione delle spese processuali nei confronti dell'AMOK, parte soccombente. In particolare, essa domandava, da un lato, il rimborso delle spese dell'avvocato austriaco calcolate in base alle tariffe stabilite dalla legge austriaca relativa alla rappresentanza dinanzi ai giudici austriaci (tra l'altro, spese notevolmente superiori rispetto a quelle derivanti dall'applicazione delle tariffe tedesche del regolamento federale relativo agli onorari degli avvocati) e, dall'altro lato, chiedeva il rimborso degli onorari dell'avvocato locale tedesco con il quale l'avvocato austriaco aveva agito di concerto.

L'organo giurisdizionale adito in secondo grado richiama la propria prassi giurisprudenziale secondo la quale, una parte stabilita in un altro Stato e che si fa rappresentare da un avvocato stabilito in tale Stato, può chiedere alla controparte la rifusione delle spese legali solamente fino alla concorrenza di quelle previste per l'intervento di un avvocato stabilito in Germania e, in nessun caso, è prevista la refusione delle spese di quest'ultimo con il quale l'avvocato stabilito nell'altro Stato membro abbia agito di concerto. Nonostante tale prassi, l'organo giurisdizionale decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Sulla prima parte della questione pregiudiziale relativa all'applicabilità della tariffa austriaca, viene chiesto alla Corte se gli artt. 12 e 49 CE e la direttiva del 22 marzo 1977, n. 77/249/Cee, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati (in *Guce* n. L. 78/77, p. 17) possano impedire l'applicazione della prassi sopra citata limitando così fino alla concorrenza delle spese che avrebbe occasionato la difesa da parte di un avvocato stabilito in tale Stato il rimborso, effettuato dalla parte soccombente in una controversia nei confronti della parte vittoriosa, delle prestazioni di servizi forniti da un avvocato stabilito in un altro Stato membro.

La Corte di giustizia, sulla base anche delle osservazioni presentate dalla A & R, precisa che la fissazione di un tetto massimo per le spese rimborsabili di un avvocato stabilito in uno Stato membro sino alla concorrenza di quelle applicabili agli avvocati stabiliti in un altro Stato membro può in un certo qual modo, nell'ipotesi in cui le spese siano superiori a quelle risultanti dalla tariffa di quest'ultimo Stato, ostacolare le prestazioni transfrontaliere di servizi. A tal proposito viene richiamato l'art. 4, n. 1 della direttiva n. 77/249/Cee ai sensi del quale: «Le attività relative alla rappresentanza e alla difesa di un cliente in giudizio o dinanzi alle autorità pubbliche sono esercitate in ogni Stato membro ospitante alle condizioni previste per gli avvocati stabiliti in questo Stato, ad esclusione di ogni condizione di residenza o d'iscrizione ad un'organizzazione professionale nello stesso Stato. Nell'esercizio delle predette attività l'avvocato rispetta le regole professionali dello Stato membro ospitante, fatti salvi gli obblighi cui è soggetto nello Stato membro di provenienza(...)». Ne consegue che il rimborso delle spese di un avvocato stabilito in uno Stato membro può essere assoggettato alle regole applicabili agli avvocati stabiliti in un altro Stato membro: «fatte salve le eccezioni espressamente menzionate, tutte le altre condizioni e norme vigenti nel Paese ospitante si possono applicare alle prestazioni di avvocato transfrontaliere» (cfr. p. 42 delle conclusioni dell'Avvocato Generale J. Mischo presentate in data 18 settembre 2003).

Sulla seconda parte della questione pregiudiziale, relativa al rimborso delle spese supplementari dell'avvocato che esercita presso il giudice adito, la Corte preliminarmente osserva che ciò potrebbe determinare un ostacolo alle prestazioni transfrontaliere di servizi di avvocato. Non solo, ma qualora la parte vittoriosa in una controversia che è stata rappresentata da un avvocato stabilito in un altro Stato membro non possa farsi rimborsare, dalla parte soccombente, anche le spese dell'avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito a cui ha fatto ricorso, per il semplice fatto che tali spese non sono ritenute necessarie, ciò potrebbe pregiudicare la posizione concorrenziale degli avvocati negli altri Stati membri.

La Corte, dopo aver richiamato il disposto normativo di cui all'art. 5 della direttiva n. 77/249/Cee ai sensi del quale: «Per l'esercizio delle attività relative alla rappresentanza e alla difesa in giudizio di un cliente, ogni Stato membro può imporre agli avvocati di cui all'art. 1: (...) - di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi alla giurisdizione adita e che sarebbe in caso di necessità responsabile nei confronti di tale giurisdizione, o con un procuratore o con un *avoué* che eserciti presso di essa», conclude affermando che la parte soccombente è tenuta a rimborsare alla parte vittoriosa gli onorari dell'avvocato straniero poiché la costituzione in giudizio di un avvocato, che eserciti dinanzi al giudice adito, è un imperativo necessario ai fini di un'adeguata rappresentanza in giudizio, risultante dalle misure di armonizzazione e sottratto alla volontà delle parti. Se così non fosse, i clienti finirebbero con l'essere scoraggiati dal rivolgersi ad avvocati stabiliti in altri Stati membri e prenderebbero solamente come legali quelli aventi la residenza nello Stato in cui sarà instaurata la causa.

LA NORMATIVA BRITANNICA CHE IMPEDISCE IL MATRIMONIO TRA TRANSESSUALI VIOLA LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CONTRASTA CON LA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA PARITÀ DELLE RETRIBUZIONI TRA I LAVORATORI DI SESSO DIVERSO

Corte di giustizia

Sentenza del 7 gennaio 2004 in causa n. C-117/01

K. B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Art. 141 CE - Direttiva del Consiglio del 10 febbraio 1975, n. 75/117/Cee - Parità di tratta-

mento tra uomini e donne - Retribuzione - Esclusione di un convivente transessuale dal diritto ad una pensione di reversibilità la cui concessione è riservata al coniuge superstite - Discriminazione fondata sul sesso - Diritto fondamentale a contrarre matrimonio - Riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale - Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Artt. 8, 12 e 14 CEDU - Violazione - Contrasto con la normativa comunitaria.

L'art. 141 del Trattato CE osta, in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, impedisce ad una coppia, quale K. B. e R., di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro¹.

Spetta al giudice nazionale verificare se, in un'ipotesi quale quella di cui alla causa principale, una persona nella situazione di K. B. possa invocare l'art. 141 del Trattato CE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità².

¹⁻² I Trattati istitutivi delle Comunità europee del 1957, in linea con la concezione economicista che li caratterizzava hanno previsto, fin dall'origine, oltre al divieto di ogni forma di discriminazione effettuata in base alla nazionalità, che trova il proprio riconoscimento nell'art. 12 CE, una parità di trattamento tra uomini e donne per quegli aspetti aventi una diretta incidenza sull'attività lavorativa e, in particolare sulla retribuzione (art. 141 CE).

Il nuovo art. 13 CE introdotto dal Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997, ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, nella nuova formulazione, costituisce la piena consacrazione del principio di uguaglianza e riveste un ruolo importante nel diritto comunitario. Esso prevede che il Consiglio possa prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali.

L'art. 141 CE concernente solo la parità di trattamento economico, così come riformulato con i trattati di Amsterdam e di Nizza modificativi dei trattati originari, ha ora un vasto campo di applicazione con la conseguente eliminazione di situazioni discriminatorie e la limitazione delle deroghe concesse. Tale disposizione prevede che ciascuno Stato membro assicuri l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. In seguito, a partire dall'anno 1975, sono state emanate alcune direttive (quali, per esempio: direttiva n. 76/207/Cee, n. 79/7/Cee, n. 86/378/Cee, n. 86/613/Cee, n. 97/80/Ce) che hanno esteso l'applicabilità del principio alla parità di trattamento enunciato nell'art. 141 CE, all'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali, in materia di sicurezza sociale, al fine di eliminare qualsiasi forma di discriminazione diretta o indiretta presente nel mondo del lavoro.

Per retribuzione si intende, ai sensi del 2° comma dell'art. 141 CE, il salario o il trattamento normale di base o minimo, nonché tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La controversia dalla quale è scaturita la sentenza sopra massimata ha per oggetto proprio l'interpretazione dell'art. 141 CE e della direttiva n. 75/117/Cee, relativa all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (in *Guce* n. L 45 del 1975, p. 19).

La controversia riguarda, da un lato, la signora K. B., infermiera, iscritta al regime pensionistico del servizio sanitario nazionale britannico - NHS - e, dall'altro lato, l'Ufficio Pensioni del NHS e il Ministro della Sanità, e si riferisce al rifiuto dell'attribuzione di una pensione di reversibilità al convivente transessuale della signora K. B.

L'infermiera K. B. aveva lavorato per circa venti anni presso il NHS ed era iscritta al regime pensionistico del servizio sanitario nazionale che prevedeva l'ottenimento di una pensione di reversibilità in favore del coniuge. Il problema era sorto per il fatto che il convivente della signora K. B. aveva subito un'operazione per il cambiamento di sesso e non aveva mai potuto formalizzare civilmente il proprio mutamento di sesso perché la normativa britannica sui registri di stato civile prevedeva espressamente il divieto di qualsiasi modifica nei registri degli atti di nascita ad eccezione delle ipotesi di errore di scrittura o di errore materiale (*Birth and Deaths Registration Act* del 1953).

Inoltre, i soggetti ricorrenti non hanno neanche potuto unirsi in matrimonio perché la legge britannica che disciplina il matrimonio prevede la nullità per le unioni coniugali tra soggetti del medesimo sesso.

Essendo stato ritenuto il regime pensionistico non discriminatorio, l'infermiera ha adito la *Court of Appeal* (England & Wales) la quale si è rivolta alla Corte di giustizia al fine di chiarire se, il fatto di escludere il convivente transessuale di una donna iscritta al regime pensionistico del servizio sanitario nazionale britannico che prevede la pensione di reversibilità solamente a favore del vedovo (intendendosi con tale nozione il soggetto coniugato con la persona iscritta), contrasti con l'art. 141 CE e con la direttiva n. 75/117/Cee.

La Corte precisa innanzitutto che la pensione di reversibilità versata nell'ambito del NHS costituisce una retribuzione e rientra, pertanto, nella sfera di applicazione dell'art. 141 CE e della direttiva n. 75/117/Cee (cfr. sentenze del 17 maggio 1990 in causa n. C-262/88, *Barber*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1889 e del 12 settembre 2002 in causa n. C-351/00, *Niemi*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7007; sulla natura del beneficio che trae origine dall'iscrizione al regime previdenziale del coniuge superstite, cfr. sentenze del 6 ottobre 1993 in causa n. C-109/91, *Ten Oever*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4879 e del 9 ottobre 2001 in causa n. C-379/99, *Menauer*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7275).

La Corte, aderendo così pienamente alle argomentazioni svolte dall'Avvocato Generale D. Ruiz-Jarabo Colomer presentate in data 10 giugno 2003, precisa che la disparità di trattamento non considera il riconoscimento di una pensione di reversibilità, ma la mancata realizzazione di una condizione preliminare per il riconoscimento della pensione stessa, ossia la possibilità e la capacità di contrarre matrimonio (il *Matrimonial Causes Act* del 1973, infatti, dichiara nullo ogni matrimonio in cui i coniugi non siano, rispettivamente, di sesso maschile e di sesso femminile).

La Corte richiama, altresì, sul diritto dei transessuali a contrarre matrimonio, il caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza dell'11 luglio 2002, n. 28957/95, non ancora pubblicata) nel quale la Corte europea ha statuito la violazione dell'art. 12 della CEDU per il fatto di negare ad un transessuale di sposare una persona del sesso al quale apparteneva prima dell'operazione di cambiamento di sesso, alla luce del fatto che la normativa britannica sullo stato civile non prevede il riconoscimento della nuova identità sessuale.

Nel caso di specie, è compito del giudice nazionale verificare se sussistono tutte le condizioni affinché il convivente della signora K. B. possa beneficiare della pensione di reversibilità, tenuto conto che sono gli Stati membri competenti a determinare le condizioni per il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso di una persona sottoposta ad intervento chirurgico.

Ne consegue, pertanto, e così conclude la Corte di giustizia, che le conseguenze (previste dalla normativa nazionale) derivanti dal fatto di non riconoscere la nuova identità ad un soggetto che si è sottoposto ad un intervento chirurgico per mutamento del sesso, e che determina la non reversibilità della pensione di vecchiaia, contrasta con la normativa comunitaria in tema di politica sociale nonché viola i principi contenuti nella CEDU.

**QUANDO IL TITOLARE DI UN MARCHIO
PUÒ VIETARE L'UTILIZZO DI UN'INDICAZIONE GEOGRAFICA
CONFONDIBILE INVOCANDO LA DIRETTIVA N. 89/104/CEE**

Corte di giustizia

Sentenza del 7 gennaio 2004 in causa n. C-100/02

Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. c. Putsch GmbH

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 89/104/Cee - Marchi d'impresa - Interpretazione dell'art. 6, n. 1, lett. b. della direttiva n. 89/104/Cee - Limitazione degli effetti del marchio con riguardo ad indicazioni relative alla provenienza geografica - Utilizzazione come marchio di un'indicazione geografica quale elemento di conformità agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale - Rischio di confusione fonetica tra il marchio denominativo e l'indicazione di provenienza geografica - Art. 5 della direttiva n. 89/104/Cee.

L'art. 6, n. 1, lett. b., della prima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/104/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, dev'essere interpretato nel senso che, qualora sussista un rischio di confusione fonetica tra, da un lato, un marchio denominativo registrato in uno Stato membro e, dall'altro, un'indicazione, nel commercio, della provenienza geografica di un prodotto originario di un altro Stato membro, il titolare del marchio può vietare, ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 89/104/Cee, l'uso dell'indicazione di provenienza geografica solo ove tale uso non sia conforme agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale. A tal riguardo spetta al giudice nazionale procedere ad una valutazione globale di tutte le circostanze della specie¹.

¹ Il titolare del marchio, in caso di confusione, può invocare la direttiva n. 89/104/Cee sui marchi d'impresa (in *Guce* n. L 40 del 1989, p. 1) per vietare l'utilizzo dell'indicazione geografica e limitare così gli effetti del marchio con riguardo ad indicazioni relative alla provenienza geografica.

Le questioni pregiudiziali hanno per oggetto l'interpretazione dell'art. 6, n. 1 della direttiva n. 89/104/Cee e sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la società Gerolsteiner Brunnen e la società Putsch per la violazione dei diritti di marchio da parte della Gerolsteiner Brunnen per effetto dell'uso, da parte della Putsch, delle parole «Kerry Spring» sulle etichette di bevande rinfrescanti vendute da quest'ultima.

La Gerolsteiner Brunnen produce e vende in Germania acqua minerale e bevande rinfrescanti a base di acqua di sorgente ed è titolare del marchio denominato «Gerri», regolarmente registrato in Germania nel 1985, nonché di altri marchi contenenti il nome «Gerri» e comprendenti acque minerali e bevande in genere. Di contro, dalla metà degli anni '90 la Putsch vende in Germania bevande sulle cui etichette si trova l'espressione: «Kerry Spring», dal nome della sorgente irlandese, appunto denominata «Kerry Spring» le cui acque vengono utilizzate per la preparazione delle bevande in questione.

Oggetto delle questioni pregiudiziali è proprio la sfera di applicazione dell'art. 6, n. 1 della direttiva n. 89/104/Cee ai sensi del quale: «Il diritto conferito dal marchio di impresa non permette al titolare dello stesso di vietare ai terzi l'uso nel commercio: (...) *b.* di indicazioni relative alla specie, alla qualità, alla quantità, alla destinazione, al valore, alla provenienza geografica, all'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio o ad altre caratteristiche del prodotto o del servizio; (...) purché l'uso sia conforme agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale».

La Corte precisa che il titolare del marchio gode di una serie di diritti che gli derivano dall'art. 5 della direttiva sopra citata, in particolare, da esso si evince che il titolare del diritto del marchio ha il diritto di vietare ai terzi, salvo il proprio consenso, di usare nel commercio: *a.* un segno identico al marchio di impresa per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato; e *b.* un segno che, a motivo dell'identità o della somiglianza di detto segno col marchio di impresa e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi contraddistinti dal marchio di impresa e dal segno, possa dare adito a un rischio di confusione per il pubblico, comportante anche un rischio di associazione tra il segno e il marchio di impresa.

Ne consegue, a parere della Corte, che limitando gli effetti dei diritti di cui gode il titolare del marchio, l'art. 6 ha come scopo quello di contemperare gli interessi fondamentali della tutela dei diritti del marchio con quelli della libera circolazione delle merci e della libera prestazione dei servizi (cfr. sentenza del 23 febbraio 1999 in causa n. C-63/97, *BMW*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 905).

La Corte di giustizia nel risolvere la questione se il rischio di confusione tra un marchio denominativo, da un lato, e l'indicazione di provenienza geografica dall'altra, permetta al titolare del marchio di invocare l'art. 5, n. 1, lett. *b.* della direttiva n. 89/104/Cee per vietare a terzi soggetti l'uso dell'indicazione di provenienza geografica, precisa che il semplice rischio di confusione fonetica non può essere motivo sufficiente ad optare per la «non conformità agli usi di lealtà in campo industriale e commerciale» in quanto è compito del giudice nazionale compiere una valutazione di tutte le circostanze ad esso collegate, anche se l'art. 6, n. 1, lett. *b.* della direttiva n. 89/104/Cee può consentire, in caso di confusione, al titolare del marchio di vietare, ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 89/104/Cee, l'uso dell'indicazione di provenienza geografica.

CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO FAR COINCIDERE IL PERIODO DEL CONGEDO DI MATERNITÀ CON IL PERIODO STABILITO A LIVELLO COLLETTIVO PER LE FERIE DEL PERSONALE

Corte di giustizia

Sentenza del 18 marzo 2004 in causa n. C-342/01

María Paz Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho SA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/104/Ce - Organizzazione dell'orario di lavoro - Direttiva n. 92/85/Cee - Miglioramento della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento - Direttiva n. 76/207/Cee - Politica sociale - Parità di trattamento fra uomini e donne - Congedo di maternità - Lavoratrice il cui congedo di ma-

ternità coincide con le ferie annuali per la totalità del personale stabilite in un contratto collettivo in materia di congedo annuale - Contrasto.

L'art. 7, n. 1, della direttiva del Consiglio del 23 novembre 1993, n. 93/104/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, l'art. 11, n. 2, lett. a., 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), e l'art. 5, n. 1, della direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che una lavoratrice deve poter godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello del suo congedo di maternità, anche in caso di coincidenza tra il periodo di congedo di maternità e quello stabilito a titolo generale, da un accordo collettivo, per le ferie annuali della totalità del personale¹.

L'art. 11, n. 2, lett. a., della direttiva n. 92/85/Cee deve essere interpretato nel senso che esso riguarda altresì il diritto di una lavoratrice in circostanze simili a quelle della causa principale a ferie annuali per un periodo più lungo, previsto dalla normativa nazionale, rispetto al minimo previsto dalla direttiva n. 93/104/Ce².

¹⁻² La questione che è stata sottoposta alla Corte di giustizia nella sentenza sopra massimata è se una dipendente il cui congedo di maternità coincida con il periodo fissato da un accordo collettivo previsto dalla propria azienda per le ferie annuali di tutti i lavoratori dell'impresa, abbia il diritto di godere integralmente delle ferie annuali in un periodo diverso da quello fissato dall'accordo sopra citato.

La signora Gómez, infatti, chiedeva di usufruire del congedo annuale nel corso di un periodo consecutivo a quello del suo congedo di maternità. Visto il rifiuto da parte della Continental Industria, la ricorrente si rivolgeva dinanzi al Juzgado de lo Social de Madrid.

Quest'ultimo, investito della causa, precisava di non condividere l'opinione dei giudici spagnoli secondo la quale la lavoratrice non ha il diritto di usufruire delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello fissato dall'accordo collettivo raggiunto tra l'impresa e la rappresentanza dei lavoratori (cfr. sentenze del 26 giugno 2001 in causa n. C-173/99, *BECTU*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 488 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 339; del 27 ottobre 1998 in causa n. C-411/96, *Boyle e a.*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6401 e del 30 aprile 1998 in causa n. C-136/95, *Thibault*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2011).

Il giudice nazionale richiama la sentenza *Lewen* (del 21 ottobre 1999 in causa n. C-333/97, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7243) secondo la quale la Corte aveva statuito che: «l'art. 119 (ora art. 141) del Trattato osta a che un datore di lavoro escluda completamente i lavoratori di sesso femminile in congedo parentale dal beneficio di una gratifica erogata volontariamente come assegno straordinario in occasione delle festività natalizie, senza tener conto del lavoro svolto nel corso dell'anno di concessione della gratifica né dei periodi relativi alla tutela della maternità (divieti di prestare attività lavorativa), qualora una tale gratifica sia diretta a compensare retroattivamente il lavoro svolto durante quell'anno», per specificare, nel caso di specie, come l'accordo collettivo raggiunto dall'impresa avrebbe dovuto prendere in considerazione la situazione speciale in cui potrebbero

venirsi a trovare le lavoratrici dell'impresa stessa, in maniera tale da garantire sia il diritto al congedo per maternità, sia il congedo annuale.

Alla luce delle proprie considerazioni, il giudice spagnolo decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte al fine di chiarire se la normativa comunitaria, in particolare l'art. 7, n. 1, della direttiva n. 93/104/Ce (in *Guce* n. L 307 del 1993, p. 18), l'art. 11, n. 2, lett. a., della direttiva 92/85/Cee (in *Guce* n. L 348 del 1992, p. 1) e l'art. 5, n. 1, della direttiva n. 76/207/Cee (in *Guce* n. L 39 del 1976, p. 40), possano prevedere il diritto per la donna lavoratrice di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello stabilito dall'accordo collettivo e non coincidente con quello del proprio congedo per maternità.

La Corte definisce la questione affermando, altresì, che la lavoratrice deve poter godere delle proprie ferie annuali – per il periodo più lungo previsto dalla normativa nazionale, anziché per quello minimo previsto dalla direttiva n. 93/104/Ce – in tempi diversi da quelli del suo congedo per maternità ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 76/207/Cee.

La Corte sottolinea la diversità delle finalità del diritto delle ferie annuali da quello del congedo per maternità (in proposito, si richiama la sentenza del 12 luglio 1984 in causa n. 184/83, *Hofmann*, in *Raccolta*, 1984, p. 3047 (e in questa *Rivista*, 1986, p. 81) ai sensi della quale: «si tratta di garantire, in primo luogo, la protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza, fino al momento in cui le sue funzioni fisiologiche e psichiche si sono normalizzate dopo il parto e, in secondo luogo, la protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino, durante il periodo successivo alla gravidanza ed al parto, evitando che queste relazioni siano turbate dal cumulo dei pesi derivanti dal fatto di dover contemporaneamente svolgere un'attività lavorativa») e precisa, infine, che gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affinché possano essere dichiarate nulle o possano essere modificate le disposizioni contrarie al principio della parità di trattamento contenute nei contratti collettivi (cfr. art. 5, n. 2, lett. b. della direttiva n. 76/207/Cee).

I GIUDICI COMUNITARI SONO COMPETENTI A DECIDERE I RICORSI DI RISARCIMENTO DANNI CONTRO IL MEDIATORE EUROPEO

Corte di giustizia

Sentenza del 23 marzo 2004 in causa n. C-234/02 P

Mediatore europeo, (sostenuto dal Parlamento europeo) c. Frank Lamberts

Art. 49 Statuto della Corte di giustizia - Ricorso contro una pronuncia del Tribunale di primo grado - Irricevibilità - Ricorso diretto al parziale annullamento della sentenza in causa n. T-209/00, *Lamberts c. Mediatore* - Responsabilità extracontrattuale della Comunità - Esame da parte del mediatore europeo di una denuncia concernente un concorso interno per l'assunzione in ruolo - Rigetto.

(...) il Tribunale non ha violato le disposizioni di diritto comunitario che disciplinano l'esercizio delle funzioni del mediatore e il controllo su quest'ultimo dichiarando in linea di principio ricevibile un ricorso per risarcimento danni fondato sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità per asserito cattivo trattamento di una denuncia da parte del mediatore. (...). Al punto

57 della sentenza impugnata, dopo aver riconosciuto che il mediatore dispone di un'ampia libertà di apprezzamento quanto alla fondatezza delle denunce e al seguito da darvi e che in tale contesto non gli incombe nessun obbligo di risultato, il Tribunale ha statuito che, sebbene il controllo del giudice comunitario debba essere per questo limitato, non può escludersi che in circostanze del tutto eccezionali un cittadino possa dimostrare che il mediatore sia incorso in una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario nell'espletamento dei propri compiti tale da arrecargli un danno¹.

Il ricorso in via principale e il ricorso in via incidentale avverso la pronuncia del Tribunale di primo grado sono respinti².

¹⁻² Come è noto, il mediatore europeo (di seguito: mediatore) è una figura di difensore civico, mutuata dalla prassi scandinava, abilitato a ricevere le denunce dei cittadini riguardanti casi di cattiva amministrazione da parte degli organi comunitari (la procedura di esame di una denuncia inoltrata al mediatore è disciplinata dall'art. 195 CE, nonché dalla decisione n. 94/262/Ceca, Ce, Euratom, sullo Statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del mediatore, in *Guce* n. L 113 del 1994, p. 15).

I fatti all'origine della controversia dalla quale è scaturita la sentenza in esame sono i seguenti: il signor Lamberts ha partecipato ad un concorso interno per l'assunzione in ruolo organizzato dalla Commissione delle Comunità europee e il mancato superamento dell'esame è, a parere del ricorrente, da imputarsi al fatto che nel corso della prova orale, egli si trovava sotto l'influenza di medicinali che avrebbero alterato la propria concentrazione. Egli chiedeva così un riesame della propria posizione alla Commissione, dopo di che, vistosi opporre un rifiuto, presentava una denuncia al mediatore. A parere di quest'ultimo – che ha provveduto così ad archiviare la posizione del signor Lamberts – non si è verificato alcun caso di cattiva amministrazione anche se, nell'interesse di una buona amministrazione, la Commissione dovrebbe prevedere l'inserimento, nella lettera di convocazione all'esame orale, di una postilla nella quale il candidato venga informato della possibilità di poter rettificare la data della propria convocazione in presenza di sopravvenute circostanze eccezionali.

Successivamente, il signor Lamberts presentava contro il mediatore e il Parlamento un ricorso davanti al Tribunale di primo grado per il risarcimento dei danni materiali e morali subiti in conseguenza dell'esito dell'esame.

Il Tribunale di primo grado dichiarava ricevibile il ricorso con la sentenza del 10 aprile, (in causa n. T-209/00, *Lamberts c. Mediatore*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 2203) e il mediatore presentava, ai sensi dell'art. 49 dello Statuto della Corte di giustizia, un ricorso contro la predetta sentenza ritenendo che il Tribunale, con il proprio comportamento avesse superato i limiti posti al controllo giurisdizionale della propria attività perché il ricorso era inteso a verificare la regolarità del procedimento di indagine da esso compiuto.

Nella prima parte del suo motivo, il mediatore osserva che il Tribunale ha esercitato un controllo giurisdizionale sulla regolarità, sia del procedimento d'indagine, sia dell'archiviazione, mentre ai sensi delle disposizioni sull'esercizio delle funzioni del mediatore e sulla sua responsabilità tale controllo compete al Parlamento.

La Corte, sul punto, precisa che le competenze di cui dispone il Parlamento nei confronti del mediatore non sono configurabili come potere di controllo giurisdizionale e che un controllo giurisdizionale sull'attività del mediatore non è un duplicato del controllo che viene esercitato dal Parlamento.

Ne consegue che il Tribunale non ha violato le disposizioni di diritto comunitario che disciplinano l'esercizio delle funzioni del mediatore e il controllo su quest'ultimo dichiarando ricevibile un ricorso per risarcimento danni fondato sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità per asserito cattivo trattamento di una denuncia da parte del mediatore.

Con il secondo e il terzo motivo il mediatore addebita al Tribunale di aver commesso un errore di diritto per aver dichiarato ricevibile un ricorso per risarcimento danni diretto

in realtà a rimettere in causa la regolarità del procedimento d'indagine e della decisione di archivarlo e di aver violato così il diritto comunitario.

La Corte, nel dichiarare l'infondatezza di entrambi i motivi, precisa che l'azione risarcitoria è un rimedio giurisdizionale autonomo, dotato di una sua particolare funzione nell'ambito del regime dei mezzi di tutela giurisdizionale ed è subordinato, quanto al suo esercizio, a condizioni attinenti al suo specifico oggetto (cfr. sentenza del 28 aprile 1971 in causa n. 4/69, *Lütticke c. Commissione*, in *Raccolta*, 1971, p. 325, e ordinanza del 21 giugno 1993 in causa n. C-257/93, *Van Parijs ea. c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3335). Mentre il ricorso di annullamento e quello per carenza mirano a sanzionare l'illegittimità di un atto giuridicamente vincolante ovvero la sua mancata adozione, l'azione risarcitoria ha per oggetto la richiesta di risarcimento di un danno derivato da un atto oppure da un comportamento illecito imputabile ad un'istituzione o ad un organo comunitari (cfr. sentenze del 10 luglio 1985 in causa n. 118/83, *CMC c. Commissione*, in *Raccolta*, 1985, p. 2325; del 27 marzo 1990 in causa n. C-308/87, *Grifoni c. Commissione*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1203 e del 15 settembre 1994 in causa n. C-146/91, *KYDÉP c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4199).

L'Avvocato Generale L. A. Geelhoed, nelle proprie conclusioni presentate in data 3 luglio 2003, ha osservato che se il sistema comunitario non prevede, a disposizione dei cittadini, un rimedio di carattere amministrativo esperibile nei confronti delle decisioni del mediatore, ciò non significa che l'azione del mediatore stesso non possa causare un danno risarcibile, implicando non la responsabilità personale del singolo organo, ma quella della Comunità.

In proposito, la Corte di giustizia richiama la propria costante giurisprudenza in tema di responsabilità della Comunità per i danni causati ai cittadini da una violazione del diritto comunitario imputabile ad un'istituzione o a un organo comunitario precisando le tre condizioni affinché un diritto al risarcimento possa essere riconosciuto: *a.* la norma giuridica violata deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli; *b.* deve trattarsi di una violazione del diritto comunitario sufficientemente caratterizzata; e *c.* deve esistere un nesso causale tra la violazione dell'obbligo e il danno subito (cfr. sentenza del 10 luglio 2003 in causa n. C 472/00 P, *Commissione c. Fresh Marine*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 7541).

La procedura di risarcimento del danno esperibile ex art 235 e 288 CE riguarda i danni cagionati da un atto illecito delle istituzioni della Comunità e dei suoi agenti: l'azione volta al risarcimento dei danni è l'unica azione a disposizione del cittadino per poter far valere il proprio diritto ad una tutela giurisdizionale nei confronti del mediatore.

Ne consegue che il Tribunale non ha violato le disposizioni comunitarie dichiarando ricevibile il ricorso per risarcimento danni a causa del cattivo trattamento della denuncia da parte del mediatore perché, come sopra precisato, il cittadino deve poter dimostrare che il mediatore sia incorso in una violazione del diritto comunitario sufficientemente caratterizzata, tale da causargli un danno che, appunto deve essere risarcito, tramite l'esperimento dei rimedi giurisdizionali previsti dall'apparato comunitario.

CONDANNATA L'ITALIA PER AVER OMESSO DI RECUPERARE GLI AIUTI ILLEGITTIMAMENTE CONCESSI PER L'ASSUNZIONE DI LAVORATORI TRAMITE CONTRATTI DI FORMAZIONE LAVORO

Corte di giustizia

Sentenza del 1° aprile 2004 in causa n. C-99/02

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

**Art. 88, n. 2, 2° comma CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato
proposto dalla Commissione - Aiuti concessi dagli Stati - Decisione della**

Commissione n. 2000/128/Ce - Aiuti incompatibili con il mercato comune - Obbligo - Procedure di recupero - Impossibilità assoluta di esecuzione - Principio del legittimo affidamento.

La Repubblica italiana, non avendo adottato entro i termini prescritti tutte le misure necessarie per recuperare presso i beneficiari gli aiuti che, ai sensi della decisione della Commissione dell'11 maggio 1999, n. 2000/128/Ce, relativa al regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione, sono stati giudicati illegittimi ed incompatibili con il mercato comune, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 3 e 4 di tale decisione¹.

¹ In data 11 maggio 1999 la Commissione delle Comunità europee ha adottato la decisione n. 2000/128/Ce relativa al regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione (in *Guce* n. L 42 del 2000, p. 1) statuendo con essa che gli aiuti illegittimamente concessi dall'Italia, a decorrere dall'anno 1995, per l'assunzione di lavoratori mediante i contratti di formazione e lavoro sono compatibili con il mercato comune qualora si riferiscano ad aiuti concessi: *a.* per la creazione di nuovi posti di lavoro nell'impresa beneficiaria a favore di lavoratori che non abbiano ancora trovato un impiego o che l'abbiano perso, per l'assunzione di lavoratori che abbiano difficoltà di inserimento o re-inserimento nel mercato del lavoro (i giovani con meno di 25 anni e i laureati fino a 29 anni compresi), nonché per i disoccupati di lunga durata); *b.* aiuti concessi dall'Italia ai sensi dell'art. 15 della l. n. 196/97 per la trasformazione di contratti di formazione e lavoro in contratti a tempo indeterminato purché rispettino la condizione della creazione netta di posti di lavoro così come definita dagli orientamenti comunitari in materia di aiuti all'occupazione (cfr. artt. 1-4 della decisione n. 2000/128/Ce). L'Italia, entro due mesi a decorrere dalla data di notificazione della decisione sopra citata, avrebbe dovuto informare la Commissione delle misure adottate per conformarsi alla decisione stessa, attraverso il recupero degli aiuti incompatibili.

Invece l'Italia, successivamente, proponeva ai sensi dell'art. 230, 1° comma CE, un ricorso diretto all'annullamento della decisione n. 2000/128/Ce e, in subordine, all'annullamento di tale decisione nella parte in cui prevedeva il recupero delle somme che costituivano un aiuto incompatibile con il mercato comune.

Con la sentenza del 7 marzo 2002 (in causa n. C-310/99, *Italia c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2289), la Corte respingeva il ricorso di annullamento presentato dall'Italia avverso la decisione n. 2000/128/Ce per cui la Commissione, ritenendo che la Repubblica italiana non avesse adottato tutte le misure necessarie per conformarsi alla decisione di cui sopra, proponeva un ricorso ex art. 88, n. 2, 2° comma CE da cui è scaturita la sentenza sopra massimata ai sensi del quale la Commissione può adire direttamente la Corte di giustizia, in deroga agli artt. 226 CE e 227 CE.

La Corte di giustizia richiamando la propria costante giurisprudenza precisa che l'eliminazione di un aiuto illegittimo mediante recupero, costituisce la logica conclusione dell'accertamento della sua illegittimità e che tale conseguenza non può dipendere dalla forma in cui l'aiuto è stato concesso (cfr. sentenze del 10 giugno 1993 in causa n. C-183/91, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3131; del 27 giugno 2000 in causa n. C-404/97, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4897 e del 26 giugno 2003 in causa n. C-404/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6695).

Non solo, ma l'unico strumento di difesa a disposizione di uno Stato membro per opporsi al ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione ex art. 88, n. 2, CE è l'impossibilità assoluta di dare corretta esecuzione alla decisione (cfr. sentenze del 4 aprile 1995 in causa n. C-348/93, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 673; del 22 marzo 2001 in causa C-261/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2537 e del 2 luglio 2002 in causa n. C-499/99, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6031). L'Italia, nelle proprie argomentazioni, aveva dichiarato di non avere ancora pro-

ceduto al recupero delle somme in oggetto a causa delle difficoltà accertate di ordine giuridico, politico e/o pratico per l'individuazione dei beneficiari degli aiuti illegittimi, nonché per le incertezze manifestate dalle autorità italiane con riferimento all'ampiezza dei recuperi stessi.

La Corte precisa che, in presenza di un aiuto concesso in violazione delle norme comunitarie, uno Stato membro non può invocare il principio del legittimo affidamento dei beneficiari al precipuo scopo di liberarsi dall'obbligo di adottare i provvedimenti necessari. Infatti, qualora venisse accolta tale possibilità, verrebbero private di ogni efficacia pratica le disposizioni di cui agli artt. 87 e 88 CE, in quanto le autorità nazionali potrebbero far valere in tal modo il loro comportamento illegittimo al fine di annullare l'efficacia delle decisioni emanate dalla Commissione.

La Corte conclude, pertanto, statuendo che il Governo italiano, dal momento che *a.* non ha adottato le misure necessarie per recuperare gli aiuti in questione, neanche due anni e mezzo dopo la scadenza del termine, *b.* che non ha dimostrato l'impossibilità assoluta di dare esecuzione alla decisione n. 2000/128/Ce (sulla mancata soddisfazione della condizione di un'impossibilità assoluta di esecuzione, cfr. sentenze del 2 febbraio 1989 in causa n. 94/87, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1989, p. 175; del 29 gennaio 1998 in causa n. C-280/95, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, I, 1998, p. 259), e *c.* che non ha adottato alcuna misura necessaria per recuperare presso i beneficiari gli aiuti indicati dalla decisione n. 2000/128/Ce, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi della decisione sopra citata.

CONFERMATO LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULL'INDIVIDUAZIONE DEI REQUISITI NECESSARI AFFINCHÉ UN SINGOLO POSSA PROPORRE UN RICORSO DIRETTO CONTRO UN REGOLAMENTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 1° aprile 2004 in causa n. C-263/02 P

Commissione delle Comunità europee c. Jégo-Quéré e Cie SA

Art. 49 dello Statuto della Corte di giustizia - Ricorso di annullamento di una sentenza pronunciata dal Tribunale di primo grado - Ricevibilità di un ricorso di annullamento proposto da una persona giuridica nei confronti di un regolamento - Requisiti necessari affinché un singolo possa proporre un ricorso contro una pronuncia del Tribunale di primo grado - Impugnazione di un atto di portata generale - Sistema giurisdizionale comunitario.

(...) il fatto che il regolamento Ce n. 1162/2001 si applichi direttamente, senza intervento delle autorità nazionali, non implica di per sé che un operatore direttamente interessato dal regolamento medesimo non possa contestarne la validità se non dopo averlo violato. Infatti, non può escludersi che un sistema giuridico nazionale offra la possibilità a un singolo, direttamente interessato da un atto normativo generale di diritto interno che non possa essere direttamente impugnato in sede giurisdizionale, di chiedere presso le auto-

rità nazionali l'emanazione di una misura collegata a tale atto impugnabile dinanzi al giudice nazionale, in modo da consentire a tale singolo di contestare indirettamente l'atto medesimo. Parimenti, non può nemmeno escludersi che un sistema giuridico nazionale offra la possibilità a un operatore direttamente interessato dal regolamento Ce n. 1162/2001 di chiedere alle autorità nazionali l'emanazione di un atto direttamente collegato a tale regolamento, impugnabile dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale, in modo da consentire a tale operatore di contestare indirettamente il regolamento de quo¹.

La sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 3 maggio 2002, causa n. T-177/01, *Jégo-Quééré c. Commissione*, è annullata².

Il ricorso proposto dalla *Jégo-Quééré e Cie SA* diretto all'annullamento degli artt. 3, lett. d., e 5 del regolamento Ce della Commissione del 14 giugno 2001, n. 1162, che istituisce misure per la ricostituzione dello stock di naselli nelle sottozone CIEMIII, IV, V, VI e VII, e nelle divisioni CIEMVIII a, b, d, e, e le condizioni ad esse associate per il controllo delle attività di pesca, è irricevibile³.

¹⁻³ Come è noto, con la sentenza del Tribunale di primo grado del 3 maggio 2002 (in causa n. T-177/01, *Jégo-Quééré e Cie SA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 2365, in questa *Rivista*, 2002, p. 519 ss.) con cui era stato dichiarato ricevibile il ricorso proposto dalla società *Jégo-Quééré e Cie SA* diretto all'annullamento degli artt. 3, lett. d., e 5, del regolamento Ce, n. 1162/2001, che istituisce misure per la ricostituzione dello stock di naselli (...) (in *Guce* n. L 159 del 2001, p. 4), il Tribunale aveva riconosciuto al singolo il diritto ad un ricorso effettivo introducendo al riguardo un nuovo orientamento rispetto al principio generale secondo il quale una persona fisica non può proporre un ricorso contro un atto di portata generale.

La Commissione delle Comunità europee, non condividendo tale orientamento, ha così proposto, ai sensi dell'art. 49 dello Statuto della Corte di giustizia, un ricorso diretto, da un lato, all'annullamento della sentenza pronunciata dal Tribunale di primo grado il 3 maggio 2002 e, dall'altro lato, alla dichiarazione di irricevibilità del ricorso diretto all'annullamento del regolamento Ce n. 1162/2001 (ovvero, in subordine rinviare la causa dinanzi al Tribunale) e con la sentenza sopra massimata la Corte di giustizia ha annullato la sentenza in oggetto e conseguentemente ha dichiarato irricevibile il ricorso in annullamento proposto dalla Società *Jégo-Quééré*.

La Corte osserva innanzi tutto che i singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario, facendo parte tale diritto dei principi giuridici generali che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (cfr. sentenze del 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Johnston*, in *Raccolta*, 1986, p. 1651 e del 25 luglio 2002 in causa n. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6677 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 520).

Nel sistema giurisdizionale comunitario esiste una serie di rimedi tali da garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni (quali: artt. 230 CE, 241 CE e il rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 234 CE) ed è compito degli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (sentenza *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, cit.). Il ricorso di annullamento dinanzi al giudice comunitario non può essere esperito da un singolo che voglia impugnare un atto di portata generale quale un regolamento che non lo riguardi individualmente.

La Corte, in particolare, si sofferma sul punto 51 della sentenza impugnata nella quale il Tribunale ha precisato i requisiti essenziali affinché una persona fisica o giuridica possa

ritenersi individualmente interessata da una disposizione comunitaria di portata generale che la riguarda direttamente: la disposizione di cui trattasi deve incidere, in maniera certa ed attuale, sulla sfera giuridica del soggetto, prevedendo una serie di diritti e di obblighi.

A parere della Corte, l'interpretazione data nella sentenza del Tribunale di primo grado ha determinato uno stravolgimento di significato a proposito del pregiudizio individuale di cui all'art. 230, 4° comma del Trattato CE, facendo sì che il Tribunale incorresse in un errore di diritto.

Inoltre, la Corte precisa come la portata generale di un atto comunitario non escluda *a priori* la possibilità che esso possa riguardare direttamente e individualmente dei soggetti (cfr. sentenza del 10 aprile 2003 in causa n. C-142/00P, *Commissione c. Nederlandse Antillen*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3483) i quali a loro volta potrebbero rimettere in causa la validità del regolamento dopo averlo infranto. Infatti, non è escluso che tali soggetti, tramite il rimedio del rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE, impugnino un provvedimento emanato dall'autorità nazionale collegato al regolamento stesso al fine di contestare indirettamente la validità del regolamento in questione.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LA RESTITUZIONE DI DIRITTI DOGANALI INDEBITAMENTE PERCEPITI DALLO STATO*

I

**Tribunale di Milano, I sezione stralcio
Sentenza del 19-28 maggio 2003, n. 7288/03**

Plada Plasmon Dietetici Alimentari Spa c. Ministero dell'Economia e delle
finanze

**Art. 234 T.U. 27 luglio 1934, n. 1265 (come modificato dalla legge 30
dicembre 1970, n. 1239) - Artt. 25 ss. CE (ex art. 12 ss.) - Importazione
intracomunitaria di prodotti agricoli di origine animale - Diritto di visita
sanitaria di confine - Tassa di effetto equivalente ai dazi doganali – Divie-
to - Indebito oggettivo - Diritto al rimborso - Prescrizione decennale.**

Chi ha indebitamente corrisposto diritti doganali all'importazione, imposte di fabbricazione, imposte di consumo e diritti erariali(...) ha diritto al rimborso delle somme pagate quando prova documentalmente che l'onere relativo non è stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti, salvo il caso di errore materiale. (...) All'azione di rimborso avanzata dalla società attrice, per diritti doganali indebitamente percepiti, deve applicarsi la prescrizione ordinaria decennale.

* In argomento v. *infra*, p. 305, il commento di MASSIMILIANO VALCADA.

II

**Tribunale di Bologna, I sezione civile
Sentenza del 27 dicembre 2003 - 15 gennaio 2004, n. 130/04**

Kraft General Foods Spa c. Amministrazione delle finanze dello Stato –
Agenzia del demanio

Art. 234 T.U. 27 luglio 1934, n. 1265 (come modificato dalla legge 30 dicembre 1970, n. 1239) - Artt. 25 ss. CE (ex art. 12 ss.) - Importazione intracomunitaria di prodotti lattiero-caseari - Diritto di visita sanitaria di confine - Tassa di effetto equivalente ai dazi doganali - Divieto - Indebito oggettivo - Diritto al rimborso - Prescrizione decennale.

Il diritto di visita sanitaria di confine è stato equiparato a tutti gli effetti ai dazi e in quanto tale la giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea li ha ritenuti illegittimi all'interno della Comunità (...).

Il termine di prescrizione del diritto al rimborso delle somme indebitamente percepite dall'Amministrazione è decennale secondo una giurisprudenza oramai consolidata nel tempo.

I

In diritto (Omissis)

Risulta incontestata, da parte dell'Amministrazione convenuta, la ricostruzione normativa e giurisprudenziale, effettuata dall'attrice, nella domanda introduttiva del presente giudizio, circa la nascita, in capo alla stessa attrice del diritto al rimborso delle somme pagate a titolo di tassa sanitaria.

Di contro, viene eccepita, in primo luogo, la prescrizione di tale diritto al rimborso; tale prescrizione viene affermata, a dire il vero, in maniera puntuale solo nella comparsa conclusionale depositata il 4 novembre 2002; infatti, nella propria comparsa di risposta, mentre nel testo si parla chiaramente di prescrizione decennale, nella formulazione delle «conclusioni», nel medesimo atto, si chiede la dichiarazione della prescrizione «quinquennale».

Tale eccezione, come peraltro quella relativa all'incompetenza del tribunale adito, deve essere disattesa.

Ed infatti, quanto alla seconda, le produzioni in atto (dichiarazioni di importazione e bollette) risultano tutte provenienti dalla Dogana di Milano, avuto riguardo alle importazioni effettuate nell'ambito del distretto milanese; per cui la competenza per le domande svolte dalla società attrice deve ritenersi esattamente radicata avanti il Tribunale adito.

Quanto all'eccezione di prescrizione quinquennale, anch'essa, come detto, dev'essere disattesa, in adeguamento all'indirizzo della giurisprudenza della Suprema

Corte (sez. I, 2 luglio 1991, n. 7248) che dispone come segue.

«L'art. 29, comma 1, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, ai sensi del quale il termine quinquennale di decadenza previsto dall'art. 91 della "legge doganale" di cui al dpr 23 gennaio 1973, n. 43 deve intendersi applicabile a tutte le domande ed azioni esperibili per il rimborso di quanto pagato in relazione ad operazioni doganali, non è restrittivamente invocabile, ancorché integri norma di interpretazione autentica, rispetto a domande in precedenza proposte per la ripetizione di somme versate in contrasto con la disciplina comunitaria, considerando che la norma medesima non incide solo sulla durata del termine, ma anche sulla sua qualificazione come termine di decadenza anziché di prescrizione, di modo che va globalmente disapplicata, per conflitto con l'ordinamento Cee, nella parte in cui investe le domande di ripetizione di "indebito comunitario" già avanzate, restando queste di conseguenza soggette alla normativa generale (prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 c.c., ove non ricorrano le specifiche ipotesi contemplate del citato art. 91, nel testo originario)».

Per tali motivi, essendosi la vertenza radicata avanti questo Tribunale prima dell'entrata in vigore della norma di cui all'art. 29, I comma, della legge n. 428/1990, all'azione di rimborso avanzata dalla società attrice, per diritti doganali indebitamente percepiti, deve applicarsi la prescrizione ordinaria decennale di cui all'art. 2946 c.c., con la conseguenza di dover ritenere interrotti i termini di decorrenza della stessa in virtù delle comunicazioni effettuate periodicamente, dopo aver inoltrato le istanze di rimborso, dalla società attrice all'Intendenza di Finanza di Milano, così come prodotte agli atti di causa.

Nel corso del procedimento, come è noto, è stata emanata la già richiamata legge 29 dicembre 1990, n. 428, la quale, all'art. 29 (intitolato «Rimborso dei tributi riconosciuti incompatibili con norme comunitarie»), al terzo comma, dispone: «L'art. 19 del DL 30 settembre 1982, n. 688, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 1982, n. 873, è applicabile quando i tributi riscossi non rilevano per l'ordinamento comunitario».

Il testo del primo comma di detto art. 19, (che qui rileva) prima dei noti interventi della Corte costituzionale, recitava: «Chi ha indebitamente corrisposto diritti doganali all'importazione, imposte di fabbricazione, imposte di consumo e diritti erariali, anche anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ha diritto al rimborso delle somme pagate quando prova documentalmente che l'onere relativo non è stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti, salvo il caso di errore materiale».

Si è innanzi notato che l'interpretazione data dalla Corte di cassazione alla norma contenuta nel primo comma dell'art. 29 della legge n. 428/1990 non esclude che la stessa integri norma di interpretazione autentica, benché priva di efficacia retroattiva, in considerazione della diversa qualificazione del termine ivi previsto (di decadenza, anziché di prescrizione).

Analoga interpretazione deve riflettersi sul terzo comma della medesima norma, con il quale il legislatore, in conseguenza delle ripetute censure mosse in sede comunitaria dalla Corte di giustizia della Comunità europea, si è proposto l'effetto di circoscrivere l'applicazione dell'art. 19 del dl n. 688/1982 alle sole imposte di carattere nazionale; quindi, al caso in esame, vertendosi in tema di tasse di effetto equivalente ai dazi doganali, in quanto tali aventi rilievo comunitario, l'onere della prova della traslazione del tributo spetta all'amministrazione convenuta con l'azione di ripetizione.

Di quanto sopra l'Amministrazione convenuta se ne è fatta carico soltanto nella comparsa conclusionale depositata il 4 novembre 2002, allorché ha richiesto, tardivamente, la rimessione in istruttoria della causa per fornire tale prova.

Per quanto sopra esposto, si deve accogliere la domanda principale svolta dall'attrice, quantificando la somma indebitamente pagata in complessivi lire 43.774,000 (pari ad euro 22.607,38), quale risultante dalle istanze di rimborso prodotte in atti dalla stessa attrice; poiché neppure la CTU ordinata dal GI ha saputo dare esatta risposta al quesito formulato circa l'esatto ammontare delle somme indebitamente versate, bisogna aderire all'indirizzo della Suprema corte (sez. I, 26 marzo 1992, n. 3728), a mente della quale: «L'azione di ripetizione dei tributi doganali indebitamente versati non esige necessariamente l'allegazione della bolletta doganale di pagamento (occorrente invece in sede di istanza di rimborso in via amministrativa, a norma dell'art. 91 del dpr 23 gennaio 1973, n. 43), considerando che tale bolletta non è titolo di credito e che il suddetto versamento può essere desunto anche "aliunde" (nella specie, non avendo l'amministrazione contestato gli ammontare analiticamente indicati dall'attore)».

Stante l'oggettiva difficoltà sia da parte dell'attrice, sia da parte della convenuta (difficoltà confermata dai risultati della CTU) circa l'esatta determinazione delle somme versate, considerato il quadro normativo, anch'esso oggettivamente contraddittorio, nell'ambito del quale entrambe le parti si sono trovate ad operare, si ritiene di giustizia disporre, in via equitativa, che a tale complessiva somma dovranno essere aggiunti gli interessi legali maturati a far tempo dalla data dell'introduzione del presente giudizio.

Sempre in considerazione della complessità della materia per cui è causa, si ritiene altresì equo disporre l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

II

In diritto (*Omissis*)

All'esito della istruttoria svolta le domande svolte da parte attrice sono risultate fondate e vanno perciò accolte.

È indubbia la natura del tributo che è stato riscosso per anni dall'Amministrazione finanziaria, poiché il diritto di visita sanitaria di confine è stato equiparato a tutti gli effetti ai dazi e in quanto tale la giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea li ha ritenuti illegittimi all'interno della Comunità.

L'eccezione sollevata dalla Amministrazione convenuta, secondo cui il diritto al rimborso delle somme percepite indebitamente si sarebbe prescritto, non merita accoglimento poiché ad avviso di questo giudice il termine di prescrizione è decennale secondo una giurisprudenza oramai consolidata nel tempo. L'art. 20 l. n. 428/90, che prevede un termine quinquennale di decadenza, non è invocabile retroattivamente poiché la previsione normativa oltre ad incidere sulla durata del termine incide anche sulla qualificazione parlando di termine di decadenza piuttosto che di prescrizione.

Il termine decennale poi non è trascorso ininterrottamente, stante gli atti posti in essere nel decennio con i quali si chiedeva il rimborso delle somme percepite ingiustificatamente dalla amministrazione convenuta e dall'atto di citazione.

Va rilevato poi che non è stato provato dalla Amministrazione finanziaria cui incombeva l'onere per legge, che su altri soggetti la Kraft abbia trasferito l'onere finanziario corrisposto.

L'art. 19 D.L. 30 settembre 1982, infatti, è stato disapplicato anche dalla Corte di cassazione (v. sent. 23 aprile 1985, n. 113), in quanto in concreto, impedisce il diritto al rimborso rendendolo irrealizzabile per difficoltà probatorie, in tal senso il giudice italiano si è uniformato a quanto affermato dalla Corte di giustizia della Comunità europea.

L'art. 29 del predetto decreto ha riconosciuto la possibilità di non procedere al rimborso, ma solo ove l'Amministrazione dimostri che sia avvenuta una traslazione del tributo. Situazione questa che non si è verificata nel caso concreto, in cui vi è stato un generico riferimento ad elementi presuntivi.

La consulenza tecnica d'ufficio ammessa dal G.I., proprio per dimostrare la eventuale traslazione su altri soggetti del tributo, non è stata realizzata a causa della mancata messa a disposizione della necessaria documentazione.

La società attrice non poteva produrle per non averle più, avendole allegate alle istanze di rimborso, mentre l'Amministrazione finanziaria non ha ottemperato all'ordine di esibirla in giudizio.

Alla soccombenza segue la condanna al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono liquidate come in dispositivo.

(Omissis)

IL RECUPERO DI IMPORTI PERCEPITI DALLO STATO IN VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO

Premessa

Le sentenze sopra riportate si inseriscono nell'ormai copioso filone giurisprudenziale¹ relativo alla restituzione di tributi indebitamente pagati all'erario nazionale da imprese al momento della importazione in Italia di merci provenienti da altri Paesi membri della Comunità europea.

Gli aspetti che, in questi anni, hanno suscitato l'interesse di diversi commentatori² – più che la qualificazione dei tributi *de quibus* come illegittimi dal

¹ Sentenze della Corte di giustizia: 14 dicembre 1972 in causa n. 29/72, *Marimex*, in *Raccolta*, 1972, p. 1309; 11 ottobre 1973 in causa n. 39/73, *Rewe c. Camera dell'agricoltura*, in *Raccolta*, 1973, p. 1039; 5 febbraio 1976 in causa n. 87/75, *Bresciani c. Amministrazione delle finanze*, in *Raccolta*, 1976, p. 129 e in questa *Rivista*, 1976, p. 350; 15 dicembre 1976 in causa n. 36/76, *Simmenthal c. Ministero delle finanze*, in *Raccolta*, 1976, p. 1871; 7 aprile 1981 in causa n. 132/80, *United Food c. Belgio*, in *Raccolta*, 1981, p. 995; in materia analoga, sentenze: 26 febbraio 1975 in causa n. 63/74, *Cadsky c. ICE*, in *Raccolta*, 1975, p. 281; 31 maggio 1979 in causa n. 132/78, *Denkavit c. Francia*, in *Raccolta*, 1979, p. 1923.

² Cfr. L. DANIELE, *La restituzione dell'indebito in diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, p. 425 ss.; S. ZARRILLI, *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 1983, p.

punto di vista del diritto comunitario – riguardano la disciplina normativa che l'ordinamento italiano ha approntato per consentirne il recupero³.

Le fattispecie che hanno originato le sentenze qui commentate sono pressoché identiche.

In tempi lontani (dal 1970 al 1977), Plasmon e Kraft, società che operano su scala nel settore della produzione e commercializzazione di prodotti alimentari, avevano effettuato, tramite diverse dogane italiane, un numero rilevante di importazioni intracomunitarie di prodotti agricoli di origine animale soggetti ad organizzazione comune di mercato.

All'atto dell'ingresso in Italia, tali prodotti venivano gravati del c.d. diritto di visita sanitaria di confine. Tale onere pecuniario integra una tassa di effetto equivalente ai dazi ai sensi degli artt. 25 ss. (ex art. 12 ss.) del Trattato Ce⁴.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia (a partire dalla sentenza 14 dicembre 1972 in causa n. 29/72, *Marimex*⁵) la qualificazione del diritto di visita sanitaria di confine come tassa di effetto equivalente ai dazi comporta per i privati il diritto soggettivo a non esserne gravati e il diritto a chiederne la restituzione (indebito oggettivo).

Plasmon e Kraft avevano dapprima chiesto il rimborso di quanto indebitamente pagato a titolo di tassa sanitaria rivolgendosi alle competenti Intendenze di finanza.

La richiesta di rimborso in via amministrativa non ebbe successo cosicché le due società si rivolsero al giudice civile per vedere riconosciuti i propri diritti.

Le motivazioni giuridiche delle sentenze in esame

L'iter logico-argomentativo seguito dai due diversi Giudicanti (Tribunale di Milano e Tribunale di Bologna) è analogo, così come risultano simili le tesi difensive sostenute dal convenuto Ministero delle Finanze.

505 ss.; M. MARESCA, *Ancora in tema di ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, in *Dir. e prat. trib.*, 1987, II, p. 860 ss.; ID., *Ancora sulla ripetizione dell'indebito fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Rass. trib.*, 1987, II, p. 782 ss.; M. IURILLI, *La ripetizione dell'indebito nell'ambito del diritto comunitario*, in *Dir. e prat. trib.*, 1988, II, p. 455 ss.; M. MARESCA, *Ancora in merito alla portata dell'art. 19 d.l. 30 settembre 1982, n. 688*, in *Dir. e prat. trib.*, 1989, p. 1586; C. RIZZO, *Rimborso di tributi doganali in violazione della normativa comunitaria*, in questa *Rivista*, 1990, p. 95; F. AMATUCCI, *I vincoli posti dalla giurisprudenza comunitaria nei confronti della disciplina nazionale del rimborso d'imposta*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, p. 291 ss.; S. FERRARI - C. SANTORIELLO, *Dichiarazione di incostituzionalità della disciplina probatoria in tema di ripetizione delle imposte doganali indebitamente corrisposte*, in *De Agostini Professionale - Leggi d'Italia*, agosto, 2002 (Banca dati - CD-Rom).

³ L. DANIELE, *Indebito comunitario e ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1984, IV, p. 298 ss.; ID., *La Corte di Cassazione e la restituzione dell'indebito comunitario*, in questa *Rivista*, 1985, p. 739 ss.; ID., *Restituzione dell'indebito comunitario e giurisprudenza italiana: chi è nel giusto?*, in questa *Rivista*, 1987, p. 139 ss.; C. NIZZO, *La ripetizione dell'indebito fiscale tra primato del diritto comunitario ed autonomia procedurale*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 189 ss.

⁴ M. MARESCA, *Le tasse di effetto equivalente*, Padova, Cedam, 1984, p. 5 ss.

⁵ *Cit. supra*, nota 1.

In sintesi, gli argomenti giuridici del Ministero delle finanze possono essere così riassunti:

- decorso della prescrizione quinquennale;
- impossibilità di procedere al rimborso per traslazione dell'onere tributario su altri soggetti rispetto alle imprese che lo avevano assolto al momento dell'importazione.

I giudici aditi hanno correttamente rigettato tali argomenti giuridici con una motivazione rigorosa ed attenta ai diversi interventi di fonte normativa e giurisprudenziale sia nazionale, sia comunitaria.

Circa l'eccezione di prescrizione sollevata dal Ministero delle finanze

Come già anticipato, l'Amministrazione convenuta aveva genericamente eccepito l'avvenuta prescrizione quinquennale del diritto al rimborso delle somme indebitamente percepite.

L'eccezione è stata correttamente giudicata infondata in quanto alla fattispecie doveva essere applicato l'ordinario termine di prescrizione decennale.

Infatti il termine breve quinquennale è previsto esclusivamente per il rimborso di somme pagate in più del dovuto per un'erronea applicazione della tariffa e non anche a causa di un indebito oggettivo dovuto all'inesistenza stessa della pretesa tributaria.

L'applicazione del termine decennale di prescrizione per il diritto di ripetere tributi doganali indebitamente riscossi dall'Amministrazione finanziaria in difetto di potere impositivo è, invero, questione ormai pacifica in giurisprudenza⁶.

In particolare, per ciò che qui rileva, la Suprema Corte⁷ si è espressa con estrema chiarezza sul punto: «L'art. 29, 1° comma, L. 29 dicembre 1990, n. 428, ai sensi del quale il termine quinquennale di decadenza previsto dall'art. 91 della «legge doganale» di cui al d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43, deve intendersi applicabile a tutte le domande ed azioni esperibili per il rimborso di quanto pagato in relazione ad operazioni doganali, non è retroattivamente invocabile, ancorché integri norma di interpretazione autentica, rispetto a domande in precedenza proposte per la ripetizione di somme versate in contrasto con la disciplina comunitaria, considerando che la norma medesima non incide solo sulla durata del termine, ma anche sulla sua qualificazione come termine di decadenza anziché di prescrizione, di modo che va globalmente

⁶ Per l'ipotesi qui considerata hanno, ad esempio, escluso l'applicabilità del termine quinquennale a favore di quello decennale le sentenze della Cassazione: 13 luglio 1979, n. 4068; 8 gennaio 1980, n. 117; 14 febbraio 1980, n. 1063; 5 marzo 1980, n. 1481; 14 ottobre 1985, n. 4972, sez. unite; 10 marzo 1987, n. 2464, sez. unite.

⁷ Cfr. sentenza n. 7248/1991.

disapplicata, per conflitto con l'ordinamento della CEE, nella parte in cui investe le domande di ripetizione di «indebito comunitario» già avanzate, restando queste di conseguenza *soggette alla normativa generale (prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 [corsivo aggiunto])*».

L'attività istruttoria condotta in entrambi i processi aveva dimostrato come la prescrizione decennale non poteva essere invocata in virtù degli atti interruttivi posti in essere da Kraft e da Plasmon.

Il primo argomento giuridico su cui si basava la difesa dell'Amministrazione convenuta veniva quindi rigettato.

Circa l'illegittimità del rimborso per avvenuta traslazione dell'onere tributario su altri soggetti

Il secondo argomento giuridico utilizzato dalla difesa del Ministero delle finanze vuole confutare l'esistenza stessa del diritto ad ottenere il rimborso richiesto.

L'Avvocatura dello Stato invocava l'applicabilità alle fattispecie in esame dell'art. 19 d.l. 30 settembre 1982 n. 688. Tale articolo non prevede il diritto al rimborso nel caso in cui il soggetto che ha scontato il tributo di cui chiede la restituzione, non risulti essere lo stesso effettivamente danneggiato a causa dell'operatività dei c.d. meccanismi di traslazione in avanti dall'onere indebitamente pagato.

In sintesi, il Ministero postulava che una società commerciale non avrebbe mai potuto essere danneggiata dal pagamento indebito di un tributo, poiché la stessa avrebbe trasferito tale somma sul prezzo finale del prodotto venduto ai consumatori.

I giudici aditi anche in questo caso hanno correttamente rigettato tale argomento difensivo.

L'art. 19 citato poneva a carico di colui che agiva per la ripetizione dell'indebito la prova documentale di non avere, in qualsiasi modo, trasferito su altri soggetti il relativo onere.

La Corte di giustizia, da tempo, ha affermato l'incompatibilità con il diritto comunitario di condizioni di prova tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il rimborso dei tributi riscossi in contrasto con il diritto comunitario⁸. Stabilire poi se, alla luce dei principi comunitari, la

⁸ Sentenza del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595 e in questa *Rivista*, 1983, p. 483 con commento di S. ZARRILLI, *La ripetizione dell'indebito*, cit. *supra*, nota 2 e L. DANIELE, *Indebito comunitario*, cit. *supra*, nota 3; sentenza del 14 gennaio 1997 in cause riunite n. 192/95 e n. 218/95, *Comateb e.a. c. Directeur général des douanes et droits indirects*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 165 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 483. Su quest'ultima sentenza cfr. L. DI VIA, *Indebito comunitario, ripercussione dell'onere tributario e forme di mercato*, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 342 ss. Cfr., in argomento, C. JANNONE, *Ancora una pronuncia sull'art. 19 d.l. 30 settembre 1982, n. 688*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1957 ss.

norma interna renda praticamente irrealizzabile il diritto alla ripetizione, è compito del giudice nazionale⁹. È così che, con sentenza 7 aprile 1986 n. 2415¹⁰, la Cassazione ha disapplicato l'art. 19 d.l. 30 settembre 1982 n. 688, in quanto impedisce in concreto di far valere in giudizio il diritto al rimborso. L'azione di ripetizione è pertanto esercitabile indipendentemente dalla dimostrazione, peraltro praticamente impossibile in un mercato aperto condizionato dal gioco della concorrenza, del non avvenuto trasferimento a terzi dell'onere tributario sopportato¹¹.

La chiara illegittimità "comunitaria" della citata previsione ha indotto lo stesso legislatore ad intervenire con una modifica legislativa: la legge 29 dicembre 1990, n. 428¹² (c.d. legge comunitaria per il 1990).

In base all'art. 29 di tale legge, il citato art. 19 d.l. n. 688/82 è applicabile solo quando i tributi riscossi non rilevano per l'ordinamento comunitario. Il legislatore ha quindi accolto l'ormai consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria e ha abrogato la norma che rappresentava un grave ostacolo per il rimborso delle tasse indebitamente pagate.

Sul punto più recentemente è intervenuta anche la Corte costituzionale italiana che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, primo comma, del d.l. 30 settembre 1982 n. 688 (misure urgenti in materia di entrate fiscali), convertito, con modificazioni, in legge 27 novembre 1982 n. 873, nella parte in cui prevede che sia l'attore in ripetizione a dover provare che il peso economico dell'imposta non è stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti»¹³.

La sola limitazione introdotta al diritto al rimborso è costituita dal secondo comma dell'art. 29 cit. che pone a carico dell'Amministrazione l'onere della prova dell'eventuale traslazione del tributo, introducendo così un'inversione dell'onere della prova.

Le modifiche legislative e le decisioni giurisprudenziali intervenute hanno rovesciato la precedente impostazione normativa. Spetta dunque all'Amministrazione provare nei processi l'avvenuta traslazione di imposta.

Per quanto riguarda la natura della prova richiesta, sebbene le sentenze

⁹ Così Corte cost. 23 aprile 1985, n. 113.

¹⁰ V. L. DANIELE, *Restituzione dell'indebito comunitario*, cit. *supra*, nota 3.

¹¹ In tal senso cfr. anche App. Bologna 30 maggio 1986, n. 620, nonché Cass. sentenza 11 gennaio-15 maggio 1989 n. 1212/1991, *Amministrazione delle Finanze c. Srl Best*, Trib. Bologna e Trib. Venezia 26 maggio 1992 n. 464.

¹² In *Guri* n. 10 del 12 gennaio 1991, *suppl. ord.*

¹³ Cfr. sentenza della Corte costituzionale del 1° luglio 2002 n. 332. In dottrina, v. B. FLESSATI, *La ripetizione dell'indebito nelle ipotesi di traslazione dell'imposta*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2002, p. 1354 ss.; S. MENDOLIA, *La Corte costituzionale rimuove una grave limitazione alla ripetizione di indebito tributario*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 895 ss.; C. ATTARDI, *Inversione dell'onere della prova nelle azioni di rimborso e principio costituzionale di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1277 ss.; R. BONAVIDACOLA, *Rimborso di imposte indebitamente corrisposte, purché non trasferite sul consumatore finale: incombe all'amministrazione l'onere di dimostrare che il trasferimento è avvenuto*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 328 ss.

qui in commento non affrontino compiutamente il problema, è necessario formulare alcune riflessioni.

La prova a carico dell'Amministrazione che ha indebitamente incassato il tributo, non potrà certo essere raggiunta attraverso un generico riferimento alla natura commerciale dell'attività svolta dall'operatore economico che ha pagato il tributo. Una tale presunzione non può certo essere sufficiente per provare l'avvenuta traslazione del tributo verso terzi.

In tale contesto la stessa ammissibilità di una presunzione semplice dà adito a molti dubbi di natura giuridica e, in ogni caso, non potrebbe prescindere dalla puntuale osservanza, da parte dell'Amministrazione, dell'onere di allegazione immanente alla struttura stessa del procedimento civile. Come affermato dalla Corte d'appello di Brescia¹⁴: «è necessario, cioè, che la parte istante indichi preventivamente e specificamente i fatti noti che intende valorizzare ai fini probatori, precisando poi il meccanismo logico che - con criterio personalizzato e non fondato su astratti principi - dovrebbe indurre ad acquisire la certezza giuridica in ordine alla sussistenza dei fatti da provare».

È chiaro che, come statuito dalla Corte d'appello di Brescia nella sentenza sopra citata, queste condizioni non potrebbero dirsi affatto rispettate se si procedesse per assunti assiomatici, pretendendo di attribuire il carattere di prova presuntiva, specificamente riferita al caso di specie, «ad un processo di analisi deduttiva instaurato non su fatti propri della controparte, bensì su norme generali ed astratte, condotto per di più alla stregua di altrettanto generali principi di carattere economico e giuridico, i quali - se condivisi - sarebbero da applicare indifferentemente a tutte le fattispecie analoghe a quella in contestazione. Tale modo di argomentare, come è evidente, si traduce nell'affermazione di una presunzione generale *iuris tantum*, atta ad invertire l'onere della prova e a far gravare - ancora una volta - sul contribuente già illegittimamente percosso la necessità di dimostrare che, nel caso concreto, il peso fiscale non si sia riversato su altri soggetti: il che manifestamente si pone in aperto conflitto con la volontà della legge e, prima ancora, del sovraordinato diritto comunitario»¹⁵.

In caso contrario ci troveremmo di fronte ad un'ulteriore violazione del diritto comunitario dal momento che al singolo risulterebbe praticamente impossibile godere dei diritti riconosciuti dallo stesso Trattato¹⁶.

Inoltre non dobbiamo dimenticare che, nel caso di specie, il rimborso era stato richiesto da due società che operano in un mercato aperto, condizionato

¹⁴ Sentenza del 24 dicembre 1993 n. 817/93, *Amministrazione delle Finanze c. Chianti Ruffino Spa*. Cfr. P. BRACCIONI, *Indebito doganale, presunzioni e diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 1988, II, p. 49.

¹⁵ Corte d'appello di Brescia, n. 817/93, *cit. supra*, nota 14.

¹⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia in causa *San Giorgio*, *cit. supra*, nota 8; v. L. DI VIA, *Indebito comunitario*, *cit. supra*, nota 8, F. AMATUCCI, *I vincoli posti dalla giurisprudenza comunitaria*, *cit. supra*, nota 2.

dal gioco della concorrenza, in cui il prezzo di vendita di un prodotto importato è essenzialmente condizionato dal prezzo di vendita dei prodotti concorrenti, siano essi nazionali od importati.

Riprendendo il ragionamento svolto dalla Corte d'appello di Torino, nella sentenza del 12 maggio 1992, n. 569, *Amm. Finanze c. Montenegro SpA*, la traslazione potrebbe forse essersi verificata se i prodotti *de quibus* fossero un «prodotto a domanda rigida, insensibile alle variazioni di prezzo, privo di prodotti concorrenziali nazionali, commerciato in regime di monopolio o quasi-monopolio, e se, verificate tutte le suddette condizioni, la società [importatrice] avesse incorporato il tributo nel prezzo di vendita maggiorandolo in egual misura, senza subire diminuzioni nelle vendite e negli utili». I prodotti importati, invece, sono notoriamente in competizione con quelli nazionali o con altri parimenti importati, non sono commercializzati in regime di monopolio o quasi-monopolio e la loro domanda, tutt'altro che rigida o necessitata, subisce l'influsso dei più disparati fattori, oltre che, in misura non facilmente individuabile, del livello dei prezzi. Si può pertanto concludere, riprendendo un'affermazione della Corte d'appello di Torino, che sarebbe «del tutto arbitrario presumere che l'onere dei tributi *de quibus* non abbia in alcun modo inciso sui ricavi e sugli utili dell'importatore, e sia stato, in tutto o in parte, "scaricato" sui consumatori».

Diverso sarebbe il caso per i prodotti sottoposti a prezzi amministrati, stabiliti a suo tempo dal CIP, come ad esempio nel caso dello zucchero.

In tal caso è ovvio che l'importo del tributo, diventando una componente del prezzo del prodotto al momento del suo trasferimento all'acquirente successivo (essendo il prezzo dello zucchero determinato d'autorità dal CIP, inserendo ad ogni passaggio anche i tributi pagati nel passaggio precedente) subisce automaticamente la traslazione verso l'acquirente successivo.

Fuori da questa ipotesi, invece, come si è sostenuto, ritenere sufficiente un semplice riferimento presuntivo idoneo a soddisfare l'onere probatorio gravante sulle Amministrazioni statali convenute si risolverebbe in una nuova violazione.

La correttezza della tesi qui proposta viene confermata da una recente sentenza della Corte di giustizia che ha condannato la Repubblica italiana per l'interpretazione giudiziale e per la prassi amministrativa applicativa dell'art. 29, 2° comma, della l. 29 dicembre 1990, n. 428. La Corte di giustizia ha analizzato gli argomenti giuridici posti alla base sia di alcune sentenze (*ex plurimis*: Corte di cassazione, sentenza del 28 marzo 1996, n. 2844), sia di alcune circolari ministeriali (circolare del Ministero delle finanze dell'11 marzo 1994 n. 21/2/VII e del 12 aprile 1995 n. 480/VIII) che di fatto rendevano particolarmente difficile il rimborso dei tributi *de quibus*. La Corte di giustizia ha correttamente osservato l'erroneità di una premessa logica (che altro non è che una presunzione insormontabile) sulla base della quale si ritiene

che «le imposte indirette siano in via di principio trasferite a valle della catena delle vendite da parte degli operatori economici quando ne hanno la possibilità». I giudici di Lussemburgo, nella motivazione, hanno chiaramente dimostrato come «una siffatta premessa non si verifica in determinate circostanze e costituisca una semplice presunzione che non può essere ammessa in sede d'esame di domande di rimborso relative a imposte indirette in contrasto con il diritto comunitario»¹⁷.

La recente sentenza dei giudici di Lussemburgo contribuisce a chiarire definitivamente (si spera) un punto di diritto certamente fondamentale ai fini della corretta tutela da parte dei giudici nazionali dei diritti che l'ordinamento comunitario riconosce in questa materia, in capo agli operatori economici.

Conclusioni

In conclusione si può affermare che le sentenze in esame hanno correttamente applicato la normativa italiana alla luce del diritto e della giurisprudenza comunitaria rilevante, dando compiuta applicazione alle disposizioni del Trattato che riconoscono l'esistenza di diritti soggettivi a favore dei singoli operatori¹⁸.

Massimiliano Valcada*

¹⁷ Cfr. sentenza del 9 dicembre 2003 in causa n. 129/00, *Commissione c. Repubblica italiana*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 35.

¹⁸ Cfr. M. VALCADA, *Un'attenzione maggiore per i diritti dei singoli*, in questa *Rivista*, 2002, p. 313 ss.

* Avvocato in Savona - Cultore di diritto comunitario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Parma.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

ATTRIBUZIONE DI NUOVE COMPETENZE ALLE GIURISDIZIONI E ALLE AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA NAZIONALI

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*

Il Consiglio dell'Unione europea,

visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 83,

vista la proposta della Commissione¹,

visto il parere del Parlamento europeo²,

visto il parere del Comitato economico e sociale europeo³,

considerando quanto segue:

1. Per istituire un sistema che impedisca distorsioni della concorrenza nel mercato comune occorre provvedere all'applicazione efficace e uniforme degli artt. 81 e 82 del Trattato nella Comunità. Il regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento d'applicazione degli artt. 81 e 82⁴ del Trattato⁵, ha permesso lo sviluppo di una politica comunitaria in materia di concorrenza che ha contribuito alla diffusione di una cultura della concorrenza nella Comunità. Oggi, tuttavia, alla luce dell'esperienza acquisita, è opportuno sostituire detto regolamento per introdurre disposizioni adeguate alle sfide di un mercato integrato e di un futuro allargamento della Comunità.

* In *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1. In argomento v. *infra*, p. 315 ss., il commento di *MARINA TAVASSI*. Il testo integrale del regolamento è reperibile sul sito www.europa.eu.int/eur-lex.

¹ *Guce* n. C 365 E del 19 dicembre 2000, p. 284.

² *Guce* n. C 72 E del 21 marzo 2002, p. 305.

³ *Guce* n. C 155 del 29 maggio 2001, p. 73.

⁴ Il titolo del regolamento n. 17 è stato adattato per tener conto della rinumerazione degli articoli del Trattato CE conformemente all'art. 12 del Trattato di Amsterdam; esso conteneva inizialmente un riferimento agli artt. 85 e 86 del Trattato.

⁵ *Guce* n. 13 del 21 febbraio 1962, p. 204-62. Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 1216/1999 (*Guce* n. L 148 del 15 giugno 1999, p. 5).

2. È necessario, in particolare, rivedere le modalità di applicazione della deroga al divieto di accordi restrittivi della concorrenza di cui all'art. 81, par. 3, del Trattato. A tale riguardo va tenuto conto, ai sensi dell'art. 83, par. 2, lett. *b.*, del Trattato, della necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, di semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo.

3. Il sistema centralizzato istituito dal regolamento n. 17 non è più in grado di garantire un equilibrio fra questi due obiettivi. Esso frena l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, mentre il sistema di notificazione che esso comporta impedisce alla Commissione di concentrarsi sulla repressione delle infrazioni più gravi. Esso impone inoltre ingenti costi alle imprese.

4. L'attuale sistema dovrebbe pertanto essere sostituito con un sistema di eccezione direttamente applicabile, in base al quale le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri siano competenti non solo ad applicare l'art. 81, par. 1 e l'art. 82 del Trattato, direttamente applicabili in virtù della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, ma anche l'art. 81, par. 3, del Trattato.

5. Per garantire l'applicazione efficace delle regole di concorrenza comunitarie e nel contempo il rispetto dei diritti fondamentali di difesa, il presente regolamento dovrebbe disciplinare l'onere della prova ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato. Alla parte o all'autorità che asserisce un'infrazione all'art. 81, par. 1, o dell'art. 82 del Trattato dovrebbe spettare l'onere di provare l'esistenza di tale infrazione al livello giuridico richiesto. All'impresa o all'associazione di imprese che invocano il beneficio della difesa contro l'esistenza di un'infrazione dovrebbe spettare l'onere di provare al livello giuridico richiesto, che le condizioni per l'applicazione di detta difesa sono soddisfatte. Il presente regolamento non incide né sulle norme nazionali in materia di grado di intensità della prova né sugli obblighi delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso, purché dette norme e detti obblighi siano compatibili con i principi generali del diritto comunitario.

6. Per garantire un'efficace applicazione delle regole di concorrenza comunitarie sarebbe opportuno coinvolgere in maggior misura le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. A tal fine, ad esse dovrebbe essere conferito il potere di applicare il diritto comunitario.

7. Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli artt. 81 e 82 del Trattato.

(Omissis)

IL REGOLAMENTO CE N. 1/2003: VERSO LA DEVOLUZIONE DI COMPETENZE IN MATERIA DI CONCORRENZA DALLA COMMISSIONE EUROPEA ALLE AUTORITÀ GARANTI ED AI GIUDICI NAZIONALI

Sommario: **1.** *Il contesto storico* - **2.** *I principi di sussidiarietà e di cooperazione* - **3.** *L'efficacia delle norme comunitarie negli ordinamenti interni, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia* - **4.** *Concorso o esclusione reciproca fra normativa comunitaria e nazionale* - **5.** *Le ragioni del cambiamento voluto dal Regolamento n. 1/2003* - **6.** *Il ruolo della Commissione nel precedente contesto* - **7.** *Il ruolo della Commissione con il nuovo Regolamento* - **8.** *Il progetto di Comunicazione relativa alla cooperazione tra Commissione e giurisdizioni nazionali* - **9.** *La cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza* - **10.** *Il ruolo assegnato alle giurisdizioni e alle autorità nazionali* - **11.** *Il coordinamento della Commissione* - **12.** *Le ragioni delle soluzioni adottate* - **13.** *Il progetto di Comunicazione relativa alla cooperazione tra Commissione e autorità garanti nazionali* - **14.** *L'ampliamento del ruolo dei giudici nazionali ed i loro rapporti con la Commissione.*

1. Il contesto storico

Per comprendere le ragioni e le scelte della c.d. "modernizzazione" nel settore della concorrenza, è utile procedere ad un inquadramento di tipo storico-sistematico circa l'evoluzione delle regole e delle prassi applicative dal regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962 (primo regolamento d'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, ora artt. 81 e 82 CE) fino alla recente adozione del regolamento n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, procedendo poi all'esame dell'impianto normativo di quest'ultimo, in particolare nell'ottica di definire ed analizzare il ruolo che la Commissione si propone di assumere nel c.d. *network* fra Commissione, autorità garanti e corti nazionali, ed il ruolo assegnato a queste ultime.

Nel settore della concorrenza, già da alcuni anni la Commissione ha avviato un processo di modernizzazione delle regole di applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, nell'ottica di attribuire ai giudici ed alle autorità nazionali della concorrenza maggiori poteri nell'*enforcement* delle regole comunitarie.

Questo progetto è parte di un più generale progetto di riforma condotto dalla Commissione, fondato su due basilari principi: focalizzare l'azione della Commissione sull'essenziale e rendere il potere di assumere decisioni più vicino ai cittadini europei, al fine di aumentare il livello di comprensione ed accettazione della politica della concorrenza¹.

Tale fenomeno è frutto della crescente consapevolezza in ambiente comunitario e internazionale che lo sviluppo del mercato globale richiede nuove risposte per la disciplina della concorrenza, onde adeguarla alle più vaste dimensioni del contesto economico.

È ormai un dato acquisito che i mercati si estendono sempre più oltre i confini nazionali, mentre la natura delle leggi era fino a poco tempo fa rimasta per lo più a carattere nazionale; la soluzione di questo problema rappresenta la sfida futura per l'Unione europea.

In ambito comunitario si registra un acceso dibattito fra un approccio più conservativo, chiuso entro i limiti della collaborazione fra le autorità garanti, ed uno più radicale che prospetta regole per disciplinare la concorrenza a livello mondiale, con un'autorità internazionale responsabile della loro applicazione².

In tale contesto, intanto, la Comunità europea ha avviato un processo di modernizzazione dell'*enforcement* delle regole della concorrenza e parallelamente degli aiuti di Stato.

Anche in quest'ultimo settore, come in quello di recente disciplinato dal nuovo regolamento n. 1 del 2003, le finalità sono quelle di responsabilizzare maggiormente gli Stati membri, in un'ottica di devoluzione di compiti e di semplificazione di procedure.

Nel settore degli aiuti di Stato, lo scopo della Commissione è stato quello di focalizzare il sistema dei controlli centrali ai casi di maggior rilievo, semplificando le procedure per i casi meno significativi. In tale ottica si è mosso il regolamento di procedura entrato in vigore il 16 aprile 1999³, e la più ampia

¹ Vedi la relazione del Commissario alla Concorrenza, Mario Monti, al Parlamento europeo, Bruxelles, 11 gennaio 2000, *Modernizzare la politica di concorrenza comunitaria: aiuti di Stato e antitrust*.

² Per un'analisi del fenomeno, vedi PROSPERI MANGILI, *Merger Review in a Global Market from EU – U.S. perspective: International Co-operation and Harmonization*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2001, p. 163.

³ Regolamento del Consiglio n. 659/99 del 22 marzo 1999, in *Guce* n. L 83 del 27 marzo 1999, p. 1. Vedi anche i regolamenti n. 68/2001 del 12 gennaio 2001, sull'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato (già 92 e 93) agli aiuti destinati alla formazione e n. 69/2001 del 12 gennaio 2001, sugli aiuti *de minimis*, in *Guce* n. L 10 del 21 gennaio 2001, rispettivamente p. 20 e p. 30. Importante per il ruolo dei giudici nazionali in materia di aiuti di Stato è la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra giudici nazionali e Commissione nel campo degli aiuti di Stato, in *Guce* n. C 312 del 23 novembre 1995, p. 7.

riforma varata dalla Commissione nel 1997 nell'ambito di un processo di rinnovamento che ancora deve essere completato. La riforma si fonda su tre importanti elementi: concentrazione degli aiuti di Stato nelle regioni più bisognose; riduzione del massimo consentito per gli aiuti locali; flessibilità per gli Stati membri di scegliere le regioni assistite⁴.

Anche la riforma varata in tema di aiuti di Stato si inserisce così nel più generale progetto di devoluzione a livello locale di competenze precedentemente rientranti nei poteri della Commissione.

In questo medesimo processo di rinnovamento si è inserito nel 1999 il Libro Bianco sulla modernizzazione delle regole di applicazione degli artt. 81 e 82⁵ e la successiva Proposta di riforma del regolamento n. 17/62, varata nel 2000 e sfociata nel regolamento n. 1/2003⁶, nonché nel Libro Verde adottato dalla Commissione l'11 dicembre 2001 per la revisione del regolamento n. 4064/89⁷ e nella Proposta di regolamento del Consiglio relativo al controllo

⁴ Al fine di individuare le zone assistite ed il livello massimo degli aiuti consentiti, la Commissione ha invitato gli Stati membri a comunicare le loro proposte per realizzare una «mappa degli aiuti di Stato regionali, per il periodo 2000-2006».

⁵ Adottato il 28 aprile 1999: Com(1999) 101 def., pubblicato in *Guce* n. C 132 del 12 maggio 1999. Vedi per analisi e commenti: CAPELLI, *La riforma della disciplina comunitaria della concorrenza e i nuovi compiti affidati ai giudici nazionali*, in questa *Rivista*, 2000, p. 395; EHLERMANN, *The evolution in relations between the EC Commission and national antitrust authorities*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Atti del II Convegno di Treviso del 5-6 maggio 1995, Milano, Giuffrè, 1996, p. 55 ss.; ID., *Cooperation between competition authorities within the European Union*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 465 ss.; FRIGNANI - GENTILE - ROSSI, *La devolution dell'antitrust - Prime riflessioni intorno al "libro bianco" sulla modernizzazione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, p. 171; PERA - CASSINIS, *Applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: la recente esperienza italiana e le prospettive della sua modernizzazione*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 701; TESAURO, *Applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle Autorità nazionali e ROCCA, L'Europa della concorrenza di fronte alle sfide del nuovo millennio. Le riforme necessarie in materia antitrust*, entrambi in Atti del convegno di Treviso, 13-14 maggio 1999, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, rispettivamente p. 1 e p. 43; ROCCA - GAUER, *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 e 82 du Traité*, in *Comm. Policy Newsletter*, 1999, n. 3; TESAURO, *Effective private enforcement of EC antitrust rules. Country Review - Italy*, in Atti del Convegno 1-2 giugno 2001, Istituto Universitario Europeo di Firenze; TESAURO, *Panorama dei recenti sviluppi nel diritto antitrust*, Atti del convegno di Treviso, 16-17 maggio 2002, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003; WILS, *The Modernization of the Enforcement of Articles 81 e 82 EC: a legal and economic analysis of the Commission's Proposal for a new Council Regulation replacing Regulation n° 17*, in *Fordham Corp. L. Inst.*, 2000. Per un primo commento al regolamento n. 1/2003 vedi IDOT, *Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 e 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)*, in *Cah. dr. eur.*, 2003, p. 283; PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 147. Quest'ultimo autore ha evidenziato interessanti profili di illegittimità dell'art. 6 e dell'art. 3, comma 2, del regolamento n. 1/2003.

⁶ Regolamento del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, recante modifica dei regolamenti (Cee) n. 1017/68, (Cee) n. 2988/74, (Cee) n. 4056/86 e (Cee) n. 3975/87, «Regolamento d'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato», Com (2000) 582 def. - 2000/0243 (CNS).

⁷ Com (2001) 745 def.; vedi LEONE, *Recenti misure della commissione in materia di controllo sulle concentrazioni*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996, p. 337; MERLO, *Revisione del regolamento sulle concentrazioni: il Libro Verde*, *ivi*, p. 879; HEIMLER, *Libro Verde sul regolamento concentrazioni: opzioni ed opportunità*, in Atti del Convegno di Treviso, 16-17 maggio 2002, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, *loc. cit.*

delle concentrazioni fra imprese⁸.

Si è già detto che l'ingresso nel nuovo millennio e l'impulso alla globalizzazione dei mercati hanno sollecitato nuove risposte nel settore della concorrenza al fine di adeguare gli strumenti normativi ed operativi alle rinnovate dimensioni del contesto economico. L'estensione dei mercati oltre i confini nazionali, a fronte di leggi formatesi in ambito locale, richiede un rinnovamento a livello normativo, ma anche a livello culturale ed organizzativo, che non riguarda solo la classe politica e gli economisti, ma che coinvolge direttamente anche l'amministrazione della giustizia ed i singoli giudici, sicuramente più abituati a trattare controversie di carattere interno che ad assumere decisioni la cui efficacia si estenda oltre i confini nazionali.

A livello comunitario la risposta alla sfida del mercato globale si è realizzata attraverso un significativo rinnovamento del testo del Trattato, nell'ottica di perseguire l'integrazione fra normative nazionali e diritto comunitario e di realizzare una maggiore cooperazione fra istituzioni comunitarie e nazionali⁹.

Tale fenomeno non si registra certamente nel solo settore della concorrenza, ma è fenomeno di portata generale che si è andato evolvendo attraverso le indicazioni della giurisprudenza nazionale e delle più o meno recenti modifiche apportate al Trattato di Roma, dal Trattato sull'Unione europea di Maastricht (1992), al Trattato di Amsterdam (1997), fino al più recente Trattato di Nizza (2001).

È noto che la politica comunitaria si va attuando sulla base dei cosiddetti tre pilastri che sostengono l'Unione europea voluta a Maastricht e che riguardano:

1. La dimensione comunitaria, in termini di cittadinanza dell'Unione, politiche comunitarie, unione economica e monetaria, e simili (primo pilastro);
2. La politica estera e di sicurezza comune, retta dal Titolo V del Trattato sull'Unione europea, interamente sostituito dal Trattato di Amsterdam (secondo pilastro);
3. La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, cui è dedicato il Titolo VI del Trattato sull'Unione europea, avendo il Trattato di Amsterdam trasferito una parte dei settori contemplati dall'ex terzo pilastro, al primo pilastro.

In tale contesto uno dei più importanti obiettivi fissati con il successivo Trattato di Amsterdam è stato la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (L.S.G.), nell'ottica di eliminare i controlli attraverso gli Stati membri (libertà), di rafforzare la cooperazione fra le forze di polizia (sicurez-

⁸ Com(2002) 711 def. In corso di stampa è intervenuto il Nuovo Regolamento Concentrazioni (regolamento n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, in *Gu-Ue* n. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1 ss.).

⁹ Vedi, per un inquadramento generale, la ricerca condotta presso il Collegio europeo di Parma, con la collaborazione del CISDCE di Milano, diretta da CAPELLI, *Il nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea: due Costituzioni per l'Europa*, in questa *Rivista*, 2002, p. 143, p. 385 e p. 783.

za) di sviluppare la cooperazione tra le autorità giudiziarie al fine di tutelare i cittadini (giustizia).

La configurazione dell'Unione come "spazio LSG" ha rappresentato il quadro di riferimento, ancor prima che entrasse in vigore il Trattato di Amsterdam (1° maggio 1999), per l'elaborazione di un programma di azione, presentato al Consiglio europeo di Vienna dell'11-12 dicembre 1998¹⁰, che desse la più rapida e concreta attuazione alle disposizioni del Trattato di Amsterdam. L'iniziativa ha poi avuto ulteriore impulso in occasione del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, che ha riaffermato la convinzione che fosse necessaria una collaborazione più stretta fra le autorità degli Stati membri per agevolare la vita dei cittadini e degli operatori economici dell'Unione, al fine di una loro libera circolazione e libertà di azione, eliminando possibili ostacoli che possano scoraggiare o impedire l'esercizio dei loro diritti e lo sviluppo economico della Comunità a causa di incompatibilità o complessità di sistemi giuridici ed amministrativi degli Stati membri.

In particolare, lo "spazio giustizia" prevede la collaborazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri sia in materia civile che penale, essendo disciplinata la cooperazione nel settore civile dal Titolo IV del Trattato CE (art. 65), mentre la cooperazione giudiziaria in materia penale continua ad essere disciplinata dal Titolo VI del Trattato sull'Unione europea.

La cooperazione giudiziaria in materia civile ha avuto un recente impulso con l'approvazione di una serie di regolamenti in attuazione delle previsioni di cui al citato art. 65 CE in tema di notifiche (regolamento n. 1348 del 29 maggio 2000), in tema di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni emesse dagli Stati membri (regolamento n. 44 del 22 dicembre 2000, detto Bruxelles I), in tema di procedure di insolvenza (regolamento n. 1346 del 29 maggio 2000); in tema di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e sulla responsabilità dei genitori sui figli comuni (regolamento n. 1347 del 29 maggio 2000, detto Bruxelles II). Più di recente è stato adottato il regolamento n. 1206 del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le attività giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale, mentre il 18 aprile 2002 la Commissione ha adottato una proposta di regolamento del Consiglio relativa alla creazione di un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati¹¹, ed il 27 novembre 2003 è stato adottato il regolamento (Ce) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (Ce) n. 1347/2000¹².

¹⁰ Piano adottato dal Consiglio il 3 dicembre 1998; vedi Doc. n. 13844/98, in *Guce* n. C 19 del 23 gennaio 1999.

¹¹ Doc.Com(2002) 159 def.

¹² In *Gu-Ue* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 e in questa *Rivista*, 2004, p. 93 con commento

2. I principi di sussidiarietà e di cooperazione

Il contesto attuale si è andato formando tramite l'elaborazione di principi via via recepiti nei testi normativi della Comunità europea, con un forte impulso tratto dall'elaborazione della giurisprudenza dei giudici comunitari, cui si sono uniformati i legislatori nazionali e le culture dei singoli Paesi membri, nell'ottica dell'armonizzazione dei diritti interni e della cooperazione fra istituzioni nazionali e istituzioni comunitarie.

Risalendo agli albori di tale processo è opportuno ricordare che l'intento di perseguire l'integrazione fra normative nazionali e diritto comunitario e di realizzare una maggiore cooperazione fra istituzioni comunitarie e nazionali ha trovato la propria codificazione nel «principio di sussidiarietà»¹³. Tale principio, indicato una prima volta già nell'art. 130 R dell'Atto unico europeo a proposito della ripartizione fra le competenze in materia ambientale, ed elaborato attraverso i principi di «proporzionalità» e di «cooperazione», ha ottenuto un riconoscimento nell'art. 3 B del Trattato, introdotto dall'art. G. 5 del Trattato sull'Unione europea di Maastricht. Con la nuova numerazione del Trattato di Amsterdam la norma è divenuta art. 5 CE.

Detta norma, al secondo comma, recita: «Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della 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 o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario». È stato così stabilito che la gestione della cosa pubblica deve essere affidata, in linea di principio, alla struttura più vicina alla cittadinanza, e cioè ai singoli Stati membri, mentre la struttura sovraordinata, la Comunità europea, interviene solo per quei compiti che per loro natura non possono essere esercitati a livello locale, e limitatamente alle competenze che ad essa sono conferite e degli obiettivi che le sono stati assegnati dal Trattato (principio delle competenze di attribuzione). Con il Trattato di Maastricht l'intervento della Comunità in via sussidiaria si è andato ampliando anche a quei settori in cui, pur non essendo prevista l'esclusiva

di DI LIETO, *Il regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, p. 117 ss.

¹³ Si segnala per un'ampia trattazione in chiave storica del principio LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un "principio speranza" per il diritto costituzionale comune europeo?*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 184; ed in genere CARRETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, p. 7; MASTROIANNI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali e comunitarie in materia di politiche culturali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, p. 63; SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 1041; CASSESE, *L'aquila e le mosche - principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 373; PUSTORINO, *Note sul principio di sussidiarietà*, in questa *Rivista*, 1995, p. 47.

competenza comunitaria si richieda il suo intervento, sempre che l'azione prevista abbia una dimensione europea. Gli strumenti da utilizzare dovranno essere scelti con estrema attenzione al fine di evitare che l'azione della Comunità oltrepassi i limiti di quanto strettamente necessario (principio di proporzionalità).

Per la materia della concorrenza, è stato rilevato che il principio in esame non sarebbe chiamato a svolgere un ruolo importante¹⁴, considerato che gli artt. 85 e 86 (ora 81 e 82 TCE) si applicano esclusivamente alle restrizioni della concorrenza suscettibili di pregiudicare il commercio fra Stati membri.

È tuttavia innegabile che le norme in tema di concorrenza non fanno che confermare i limiti delle competenze e degli obiettivi generalmente assegnati alla Comunità, ed il recente processo di modernizzazione ne rappresenta un'ulteriore conferma.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, formatasi sugli artt. 85 e 86 del Trattato, ed il regolamento n. 17 del 1962, sui rapporti fra giudici nazionali e Commissione, si sono mossi nell'ottica di un sempre più articolato decentramento, che coinvolga i giudici e le istituzioni amministrative per interventi locali sempre più pregnanti.

Il rapporto fra giudici comunitari e giudici nazionali è retto altresì dal principio di cooperazione di cui al già citato art. 10 del Trattato CE (secondo la nuova numerazione introdotta con il Trattato di Amsterdam, ex art. 5), principio tradottosi in un sistema di rapporti, generalmente definito di collaborazione reciproca.

Nel settore giudiziale tale principio si è attuato tramite una pregnante sollecitazione da parte delle istituzioni comunitarie affinché i giudici nazionali siano chiamati ad attuare per primi il diritto comunitario e quindi si pongano essi stessi come "giudici comunitari", supportati dalla possibilità di ottenere chiarimenti in merito all'interpretazione ed alla portata di una norma comunitaria, al fine di accertare se la sua corretta interpretazione escluda o meno l'applicazione di un atto amministrativo o di una legge nazionale, sia di verificare la validità o meno di una norma comunitaria o di un atto delle istituzioni comunitarie. A tali diverse esigenze rispondono le due ipotesi di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sull'interpretazione e sulla validità, previste dall'art. 177 del Trattato¹⁵ ed ora dall'art. 234 del Trattato di Amsterdam.

¹⁴ In tal senso FRIGNANI - WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 1996, Torino, Utet, p. 23 ss.; sembra di contrario avviso TRABUCCHI, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 702, v. in particolare p. 713-715.

¹⁵ Vedi sul tema in generale: BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, Cedam, 1996; MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Padova, Cedam, 1990, p. 211; LAURIA, *Manuale di diritto delle Comunità Europee*, Torino, Utet, 1992, p. 110 ss.; GHIDINI - HASSAN, *Diritto industriale e della concorrenza nella CEE*, Milano, Ipsoa, 1991, p. 61 ss.; RATTI, *La cooperazione giudiziaria nelle pronunce pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. it.*, 1996, IV, p. 186; TESAURO - CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 177 del Trattato CE*, relazione all'incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratu-

3. L'efficacia delle norme comunitarie negli ordinamenti interni, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia

La Corte di giustizia Ce ebbe a chiarire che le norme comunitarie attribuiscono ai singoli dei diritti che il giudice nazionale ha il dovere di tutelare in un primo caso – si tratta della sentenza *Algemene Transport*¹⁶ - nel quale la Corte affermò con chiarezza l'efficacia immediata delle norme contenute nel Trattato di Roma nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati membri. Tale principio è stato successivamente ribadito con la sentenza *Costa c. Enel*¹⁷, nella quale la Corte asseriva: «A differenza dei comuni Trattati internazionali, il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare».

Al principio dell'*autonomia* del diritto comunitario rispetto a quello nazionale si affiancava ben presto quello della prevalenza del primo rispetto al secondo¹⁸, principio quest'ultimo che trova conferma nell'art. 249 TCE (già art. 189 del testo originario), a norma del quale (par. 2) i regolamenti sono obbligatori e applicabili direttamente in ciascuno degli Stati membri¹⁹, stabilen-

ra, *Diritto Comunitario e diritto internazionale privato*, Frascati 26-28 giugno 1997 (corso n. 307); FALCON, *La tutela giurisdizionale - La tutela di fronte al giudice comunitario in via di rinvio pregiudiziale*, in CHITI - GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Milano, Giuffrè, 1997, p. 379; ROSSOLINI, *Conflitto fra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Ciola*, in questa *Rivista*, 1999, p. 729; TAVASSI, *Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*, in questa *Rivista*, 2000, p. 463.

¹⁶ Sentenza 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *N.V. Algemene Transport of Expeditie Onderneming Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Raccolta*, 1963, p. 5; vedi in termini analoghi la sentenza del 13 novembre 1964 in cause riunite n. 90 e n. 91/63, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo e Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1964, p. 1217.

¹⁷ Sentenza 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Flaminio Costa c. ENEL*, in *Raccolta*, 1964, p. 1130.

¹⁸ Cfr. per un'ampia disamina VAN BAEL - BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, Utet, 1995, p. 895 ss.; FRIGNANI - WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza*, cit. supra, nota 14, p. 11 ss.; SAGGIO, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali*, in *Documenti giustizia*, 1994, p. 694; DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 355 ss.; LAURIA, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, cit. supra, nota 15, p. 169 ss.; GRECO, *Rapporti fra ordinamento comunitario e nazionale*, in CHITI - GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit. supra, nota 15, p. 399 ss.; TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1995. Per un approfondito studio sulla peculiare fattispecie dei rapporti fra diritto comunitario e diritto internazionale privato: SAGGIO, *Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario*, in *Documenti giustizia*, 1997, n. 5, p. 974.

Vedi le sentenze della Corte di giustizia: 19 dicembre 1968 in causa n. 13/68, *Salgoil S.p.a. c. Ministero del Commercio con l'Estero*, in *Raccolta*, 1968, p. 601; 13 luglio 1972 in causa n. 48/71, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Raccolta*, 1972, p. 529; 8 aprile 1976 in causa n. 43/75, *Defrenne c. Sabena*, in *Raccolta*, 1976, p. 455; 27 marzo 1980 in causa n. 129/79, *Machartis*, in *Raccolta*, 1980, p. 1275; 31 marzo 1981 in causa n. 96/80, *Jenkins c. Kingsgate Ltd.*, in *Raccolta*, 1981, p. 911; 9 febbraio 1982 in causa n. 12/81, *Garland c. British Rail Engineering Ltd.*, in *Raccolta*, 1982, p. 359.

¹⁹ In tema di regolamenti sono le pronunce: 18 febbraio 1970 in causa n. 40/69, *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe c. Paul G. Bollman*, in *Raccolta*, 1970, p. 69; 17 maggio 1972 in causa n.

do la medesima norma, al par. 3, per la direttiva, che questa vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, facendo salva la competenza degli organi nazionali in merito alla forma ed ai mezzi²⁰.

È poi con la sentenza *Simmenthal*²¹ che i principi già elaborati vengono ribaditi con chiarezza, affermandosi che le norme comunitarie sono fonte immediata di diritti ed obblighi, sia per gli Stati che per i singoli. Questo effetto riguarda anche i giudici nazionali che, in quanto organi di uno Stato membro, hanno il compito di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario. Nella stessa sentenza veniva ribadito anche il principio della preminenza del diritto comunitario, in forza del quale le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, ove immediatamente applicabili, hanno effetto nel diritto interno degli Stati membri, non solo nel senso di renderlo inapplicabile in relazione alle disposizioni previgenti contrastanti con la normativa comunitaria, ma anche di impedire la formazione di nuovi atti legislativi nazionali, laddove questi fossero incompatibili con le norme comunitarie²². Il giudice nazionale fa immediata applicazione delle norme comunitarie al fine di soddisfare le esigenze del singolo, operando così quale giudice comunitario.

In modo ancora più netto tale principio è stato affermato con la recente sentenza della Corte di giustizia sul caso *CIF* (*Consorzio Industrie Fiammiferi*), del 9 settembre 2003²³, con la quale la Corte ha indicato che l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, fra le quali anche l'autorità garante nazionale.

Il principio appare particolarmente difficile da accettare se si considera che in tal modo si conferisce ad un'autorità amministrativa (nonostante l'indiscussa autorevolezza dell'autorità garante e nonostante i poteri para-giurisdizionali ad essa a volte riconosciuti) il potere di disapplicare una legge emanata dal Parlamento, ove venisse ritenuta in contrasto con il diritto comunitario

93/71, *Leonesio c. Ministero Agricoltura e Foreste*, in *Raccolta*, 1972, p. 287; 30 novembre 1978 in causa n. 31/78, *Bussone c. Ministero Agricoltura e Foreste*, in *Raccolta*, 1978, p. 2429; 28 marzo 1985 in causa n. 272/83, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1985, p. 1057.

²⁰ In tema di direttive cfr. sentenze 17 dicembre 1970 in causa n. 22/70, *S.p.a. SACE c. Ministero delle Finanze della Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1970, p. 1213; 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, in *Raccolta*, 1974, p. 1337; 26 febbraio 1976 in causa n. 52/75, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1976, p. 277; 8 giugno 1982 in causa n. 91/81, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1982, p. 2133; 26 ottobre 1983 in causa n. 163/82, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1983, p. 3273; 10 aprile 1984 in causa n. 14/83, *Von Colson e Kamann c. Land Renania del Nord-Westfalia*, in *Raccolta*, 1984, p. 1891.

²¹ Sentenza del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal S.p.a.*, in *Raccolta*, 1978, p. 629.

²² Secondo la pronuncia in esame una conferma alla preminenza del diritto comunitario si trarrebbe anche dalla *ratio* dell'art. 177 del Trattato, la cui efficacia verrebbe ridotta «se il giudice non potesse applicare, immediatamente, il diritto comunitario in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisdizione della Corte».

²³ Causa n. C-198/01, *CIF c. AGCM*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1414, con nota di NASCIBENE - BASTIANON.

o con i suoi principi. Sono evidenti gli effetti dirompenti di una simile decisione ed è legittimo chiedersi quale ne sarà la definitiva portata. È vero che gli effetti della disapplicazione rimangono limitati alla fattispecie in esame, ma ciò non toglie che la validità e la portata di una legge nazionale rimangono continuamente sottoposte al vaglio di qualsiasi autorità amministrativa chiamata a darle applicazione, potendo questa ritenersi autorizzata a disapplicarla, senza neppure potersi avvalere del meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, per ottenere un supporto alla propria valutazione.

È noto che in Italia il problema dei rapporti fra normativa comunitaria e legislazione nazionale ha avuto un *iter* inizialmente sofferto, anche se in seguito le nostre istituzioni sono parse più solerti rispetto al passato nell'adeguare la normativa nazionale a quella comunitaria, laddove maggior spirito "comunitario" hanno invece sempre manifestato i giudici di merito. In primo luogo va notato che in Italia l'ordine di esecuzione dei Trattati istitutivi delle Comunità europee era stato dato mediante leggi ordinarie, cosicché le norme comunitarie recepite nel nostro ordinamento avrebbero avuto il rango di leggi ordinarie²⁴.

Non sempre la Corte costituzionale si era trovata concorde con le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia, le principali occasioni di dissidio essendo sorte proprio con le vicende *Costa c. Enel*²⁵ e *Simmenthal*²⁶, di cui sopra si è detto, con le quali la Corte costituzionale (nella c.d. "prima fase" della sua giurisprudenza) considerava che il diritto comunitario risultava immesso nell'ordinamento alla stregua delle norme nazionali, facendo riferimento al criterio cronologico per risolvere il contrasto fra leggi interne posteriori e regolamenti comunitari rispetto ai quali le leggi nazionali risultassero incompatibili. L'orientamento così manifestato pregiudicava la diretta applicabilità della

²⁴ Tale teoria aveva incontrato autorevoli sostenitori: LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1961; come rileva LAURIA, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, cit. supra, nota 15, p. 174, lo stesso autore, relatore della sentenza n. 170/84 della Corte costituzionale ebbe il merito di risolvere questo problema, apportando un contributo fondamentale per la soluzione del problema relativo all'adeguamento dell'ordinamento italiano alla normativa comunitaria.

Per un'ampia trattazione della giurisprudenza costituzionale in materia, cfr. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 1994; AMOROSO, *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995 in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una "quarta" fase?*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 73; RAZZANO, *Verso l'integrazione europea: una quarta fase nella giurisprudenza della Corte Costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 74; DONNARUMMA, *Rapporti fra diritto interno e diritto comunitario: rottura o continuità di indirizzo nella più recente giurisprudenza costituzionale?*, ivi, p. 80; GRECO, *Rapporti fra ordinamento comunitario e nazionale*, in CHITI - GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit. supra, nota 15, p. 399; ROSSOLINI, *Conflitto fra diritto comunitario e provvedimento amministrativo*, cit. supra, nota 15; DANIELE, *Ancora sui rapporti fra diritto comunitario e diritto interno incompatibile secondo l'orientamento costituzionale italiano*, in questa Rivista, 1985, p. 463.

²⁵ Sentenza 24 febbraio-7 marzo 1964 n. 14, in *Foro it.*, 1964, I, c. 465; in *Giur. cost.*, 1964, I, c. 129, con note di BON VALSASSINA, *Considerazioni sulla sentenza n. 14 del 1964*; PALADIN, *Il sindacato della Corte Costituzionale sull'utilità della legge*; MAZZIOTTI, *Appunti sulla sentenza della Corte Costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'ENEL*.

²⁶ Sentenza 27 dicembre 1965 n. 98, in *Foro it.*, 1966, I, c. 8, con nota di CATALANO, *Compatibilità con la Costituzione italiana della legge di ratifica del Trattato CE*.

norma comunitaria contrastante con una legge interna, allorché quest'ultima fosse successiva.

Nelle fasi successive della giurisprudenza della Corte costituzionale veniva sottolineato che l'ordinamento nazionale e comunitario costituivano «sistemi giuridici autonomi e distinti», affermando, in base all'art. 11 Cost., la diretta efficacia della normativa comunitaria nell'ordinamento interno, pur imponendo la devoluzione alla Corte medesima della questione di incostituzionalità in caso di contrasto. Si sosteneva che il controllo di conformità all'ordinamento comunitario della legge nazionale potesse essere rimesso al giudice comune, sia esso ordinario o speciale, ove la norma interna fosse antecedente a quella comunitaria e quindi da questa superata²⁷.

Anche la giurisprudenza successiva²⁸ ha confermato il principio che le norme comunitarie produttive di effetti diretti, non solo i regolamenti ma anche le direttive *self-executing*²⁹ e perfino le sentenze interpretative della Corte di giustizia entrano nell'ordinamento interno, cosicché la loro efficacia non può essere contraddetta dalle leggi nazionali, siano esse anteriori o successive. È stato chiaramente affermato che l'eventuale contrasto della norma interna rispetto ad un precetto comunitario comporta la "non applicazione" da parte del giudice nazionale della norma, senza che sia necessario alcun intervento della Corte costituzionale che l'elimini dall'ordinamento con una pronuncia di incostituzionalità³⁰.

²⁷ È questo l'indirizzo (c.d. "seconda fase") assunto con le sentenze 27 dicembre 1973 n. 183, in *Foro it.*, 1974, I, c. 314, con nota di MONACO, *La costituzionalità dei regolamenti comunitari* e in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401, con nota di BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*; 30 ottobre 1975 n. 232, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2661, con nota di MONACO, *Norma comunitaria e norma di legge successiva* e in *Foro it.*, 1976, I, c. 542, con nota di CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, pubblicata anche in *Giur. cost.*, 1975, I, p. 232, con nota di SORRENTINO, *Brevi osservazioni sulle leggi contrastanti con le norme comunitarie: incostituzionalità e/o disapplicazione*, *ivi*, p. 3239. Nella "terza fase" la Corte cost. ha affermato il potere-dovere del giudice di disapplicare il diritto interno, riservandosi il sindacato di costituzionalità per il caso di una norma interna che, senza porsi in contrasto con la normativa comunitaria, così da renderla "non applicabile" fosse diretta ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato CE, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi.

²⁸ Vedi sentenze 22 febbraio 1985 n. 47 e n. 48, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 215; ordinanza 3 febbraio 1986 n. 29, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 154; sentenza 19 dicembre 1986 n. 274, *ivi*, p. 2253; 26 marzo 1993 n. 115, in *Giur. cost.*, 1993, p. 983.

²⁹ Vedi sentenza Corte giustizia 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing c. La Commercial International*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135; CAPELLI, *Portata ed efficacia delle direttive Cee in materia societaria*, in *Le Società*, 1991, p. 440.

³⁰ Si è parlato poi di una "quarta fase" della giurisprudenza costituzionale con le sentenze n. 384 del 1994 e n. 94 del 1995. In queste pronunce, e soprattutto nella seconda, la Corte distingue fra giudizi che ad essa vengono rimessi in via incidentale e giudizi promossi in via principale. Per l'eventualità di una valutazione incidentale, sarà lo stesso giudice comune a disapplicare il diritto interno contrastante con i precetti comunitari, mentre la competenza della Corte permane laddove sia sollevata in via di azione questione di incostituzionalità avverso leggi dello Stato ritenute contrastanti con il diritto comunitario. V. la sentenza n. 384 del 7 novembre 1994 in questa *Rivista*, 1995, p. 173 con commento di ROSSOLINI, *La legge regionale contrastante con il diritto comunitario tra incostituzionalità e disapplicazione*, p. 177 ss.

È ormai recepito nella giurisprudenza nazionale il principio della disapplicazione della norma interna, in contrasto con quella comunitaria, ancorché limitatamente alla controversia nella quale la questione si sia posta, con la necessità di provocare l'intervento della Corte costituzionale: ove si voglia ottenere un riconoscimento del contrasto della norma interna rispetto al diritto comunitario con validità *erga omnes* non potrà che provocarsi l'intervento della Corte costituzionale, poiché non vi è dubbio che la disapplicazione da parte di un giudice nell'ambito della controversia che gli viene sottoposta non potrà che avere efficacia ristretta alle parti di quel giudizio; onde giustamente per ragioni di certezza del diritto e di garanzia di uniformità di trattamento sarà comunque opportuno l'intervento di un organo che sia in grado di estromettere quella norma dall'ordinamento in via definitiva e generalizzata. Tale esigenza ha trovato parziale risposta nella legge 9 marzo 1989 n. 86 (la c.d. «Legge La Pergola»), che, all'art. 1, lett. b., prevede che la legge comunitaria annuale debba servire anche a garantire l'adempimento di obblighi conseguenti «all'accertamento giurisdizionale, con sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, della incompatibilità di norme legislative e regolamentari con le disposizioni dei suddetti trattati»³¹.

Successive pronunce³² della Corte costituzionale hanno ribadito il principio della «non applicabilità»³³ delle norme interne confliggenti con quelle comunitarie, sottolineando come le norme comunitarie si pongono su di un piano diverso rispetto a quelle nazionali, essendo il rapporto fra le due fonti di competenza e non di gerarchia o di successione nel tempo.

4. Concorso o esclusione reciproca fra normativa comunitaria e nazionale

Va rilevato che gli artt. 81 e 82 CE si applicano nel solo caso in cui sia ravvisabile un pregiudizio al commercio fra gli Stati membri. In ordine alla specifica questione dei rapporti fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno con riferimento alla materia della concorrenza, è opportuno premette-

³¹ Per un commento alla legge «La Pergola» cfr. AA. VV., *Commento alla L. 9 marzo '89 n. 86. Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1991, p. 537; BERTOLÈ, *Novità e problemi applicativi del disegno di legge "La Pergola" per l'attuazione delle direttive comunitarie*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 494; TIZZANO, *Verso nuove procedure per l'esecuzione degli obblighi comunitari; il progetto "La Pergola"*, *ivi*, c. 942; RUGGERI, *Prime osservazioni sul riparto di competenze Stato-Regioni nella legge "La Pergola" e sulla collocazione di quest'ultima e della legge comunitaria nel sistema delle fonti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1991, p. 711; TESAURO, *Procedura di adeguamento al diritto comunitario: problemi antichi e nuovi propositi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1992, p. 385; RAZZANO, *Verso l'integrazione europea, cit. supra*, nota 24.

³² Cfr. le sentenze 16 giugno 1995 n. 249, 7 novembre 1995 n. 482, 28 dicembre 1995 n. 520.

³³ Non appare del tutto chiara la rilevanza della distinzione fra "non applicazione" e "disapplicazione" della norma interna, termini utilizzati nella giurisprudenza in modo indifferente, tranne che nella sentenza n. 168 del 1991. Su tale questione terminologica vedi CELOTTO, *Dalla non applicazione alla disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario?*, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 341.

re che la soluzione è diversa per la disciplina delle intese rispetto a quella sulle concentrazioni.

Il regolamento sulle concentrazioni³⁴, regolando all'art. 21 la competenza fra Corte di giustizia e Commissione, al secondo comma afferma perentoriamente che «gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria», escludendo in tal modo la prospettazione di una «doppia barriera».

Per quanto riguarda, invece, le intese la normativa comunitaria trova applicazione solo ove possa ravvisarsi un pregiudizio per il commercio fra gli Stati membri. Da tale indicazione consegue che, laddove un'intesa produca effetti solo all'interno di uno Stato e non comprometta il commercio interstatale, troverà applicazione il diritto nazionale; diversamente si applicherà il diritto comunitario. Ci si chiede se è possibile nel caso di un'intesa che comprometta il commercio interstatale applicare, oltre al diritto comunitario, e nel rispetto della preminenza di questo sul diritto interno, anche il diritto nazionale per gli aspetti di rilevanza nazionale. A fronte di simile quesito sono state prospettate due soluzioni, note come «teoria della barriera unica» o «della esclusione reciproca» e «teoria della doppia barriera» o «del concorso».

La prima teoria si fonda sulla convinzione della preminenza del diritto comunitario e dell'esaurimento in esso di ogni rilievo di carattere nazionale, con esclusione dell'applicazione congiunta del diritto interno del singolo Stato interessato.

La rilevanza della politica della concorrenza quale uno dei fondamentali strumenti di azione della Comunità (art. 2) e l'esigenza che detta politica si sviluppi in modo uniforme (art. 3, lett. *f.*), porterebbe ad escludere che la stessa fattispecie possa contemporaneamente venir autorizzata ai sensi dell'art. 81, par. 3, e cadere invece nel divieto della normativa *antitrust* di uno Stato membro. Un ulteriore argomento dei sostenitori di tale tesi è tratto dall'art. 83, par. 2, lett. *e.*, dal quale si deduce che il potere di definire i rapporti tra le legislazioni nazionali e le disposizioni comunitarie, non appartiene agli Stati membri ma agli organi comunitari, e dall'art. 84 che attribuirebbe alle legislazioni nazionali una competenza solo transitoria, venuta meno con l'entrata in vigore delle disposizioni adottate in applicazione dell'art. 83³⁵.

³⁴ Regolamento del Consiglio n. 4064/89 del 21 dicembre 1989 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in *Guce* n. L 395 del 30 dicembre 1989, di recente emendato, con abbassamento delle soglie a partire dal 1° marzo 1998, con il Regolamento del Consiglio n. 1310/97 del 30 giugno 1997. L'art. 21 di cui si riferisce nel testo è rimasto invariato. Si veda ora la Proposta di riforma del regolamento elaborata dalla Commissione Com(2002)711 def. - 2003/C 20/06, in *Guce* n. C 20 del 28 gennaio 2003, p. 4.

³⁵ FRIGNANI - WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza*, cit. supra, nota 14, p. 100; DONATI-VI, *Introduzione della disciplina antitrust*, cit. supra, nota 18, p. 368; CATALANO, *Competenze comunitarie e competenze degli Stati membri in materia di regole di concorrenza*, in *Foro it.*, 1969, IV, c. 85; GORI, *Applicazione parallela del diritto comunitario e del diritto nazionale in materia di*

La teoria della «doppia barriera»³⁶ concepisce, invece, in termini di autonomia ed indipendenza il rapporto fra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti degli Stati membri e sottolinea i diversi obiettivi perseguiti dal diritto comunitario *antitrust* rispetto ai diritti nazionali; il concorso fra l'una e l'altra normativa è, perciò, possibile, purché si attenuino i rischi di contrasto. È evidente, infatti, che i problemi sorgono laddove l'applicazione dell'una e dell'altra disciplina porti a soluzioni difformi.

Un temperamento al principio della doppia barriera è stato proposto per il caso in cui un'intesa sia vietata dal diritto comunitario e autorizzata in virtù del diritto nazionale; la preminenza del diritto comunitario porterebbe all'inapplicabilità del diritto nazionale. Al contrario, in forza del diritto nazionale potrà essere vietata un'intesa che sia sottratta al campo di applicazione dell'art. 85.1 del Trattato.

In questo senso si erano espresse alcune note sentenze della Corte di giustizia³⁷, che, riconoscendo valore alla teoria della «doppia barriera», avevano inteso temperarla, affermando che la circostanza che la Commissione abbia ritenuto che una pratica restrittiva non sia vietata ai sensi dell'art. 81, par. 1 e 2 (allora art. 85) in quanto non suscettibile di pregiudicare il commercio fra gli Stati membri, non impedisce che una simile pratica sia, invece, sanzionata dalle autorità nazionali per gli effetti restrittivi che essa può produrre nell'ordinamento interno. In seguito si affronterà il problema nell'ottica della soluzione fornita nel nuovo regolamento n. 1/2003 e delle più precise indicazioni del Progetto di comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato³⁸.

concorrenza, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 993; STOLFI, *Il conflitto "norma comunitaria legge interna"*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 1.

³⁶ Teoria propugnata in particolare dalla dottrina tedesca; vedi per ampi riferimenti FRIGNANI, in FRIGNANI - PARDOLESI - PATRONI GRIFFI - UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 115, nota 61.

³⁷ Si tratta della sentenza del 13 febbraio 1969 in causa n. 14/68, *Walt Wilhelm*, in *Raccolta*, 1969, p. 1, e delle tre sentenze del 10 luglio 1980 (note come caso "*Profumi*"): cause riunite n. 253/78 e da n. 1/79 a n. 3/79, *Giry e Guerlain ed al.*, in *Raccolta*, 1980, p. 2327; causa n. 37/79, *Marty - Lauder*, *ivi*, p. 2481; causa n. 99/79, *Lancôme e Cosparfrance*, *ivi*, p. 2511. In esse la Corte, investita di numerose questioni pregiudiziali relative ai rapporti fra diritto comunitario e diritto nazionale della concorrenza, ha avuto modo di porre alcuni principi cardine sul punto. Vedi anche Tribunale di primo grado, 9 gennaio 1996 in causa n. T-575/93, *Casper Koelman c. Commissione e BUMA*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 921; e in dottrina: SAGGIO, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali*, *cit. supra*, nota 18, in *Documenti giustizia*, 1994, in particolare p. 698. VAN BAELE - BELLIS, *Il diritto della concorrenza*, *cit. supra*, nota 18, p. 902; FRIGNANI - PARDOLESI - PATRONI GRIFFI - UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, *loc. cit.*, p. 116; SIRAGUSA - SCARSELLATI SFORZOLINI, *Il diritto della concorrenza italiano e comunitario: un nuovo rapporto*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 249.

³⁸ In *Guce* n. C 243 del 10 ottobre 2003.

5. Le ragioni del cambiamento voluto dal regolamento n. 1/2003

Nella materia civile e commerciale si è andato affermando in modo deciso l'ampliamento del ruolo assegnato ai giudici nazionali. Ne è prova il recepimento delle regole dettate in tema di riconoscimento ed esecutorietà delle decisioni in materia civile e commerciale, già disciplinate dalla Convenzione di Bruxelles, nel già citato regolamento n. 44/2001, entrato in vigore nel marzo 2002.

Per quanto riguarda il settore della concorrenza, la riforma proposta con il regolamento n. 1/2003 si fonda su alcuni principi fondamentali, che possono essere così individuati:

- a. eliminazione dell'obbligo di notifica degli accordi restrittivi, vietati dal par. 1 dell'art. 81, notifica prima necessaria per ottenere l'esenzione dal divieto, a norma del par. 3 del medesimo articolo;
- b. eliminazione della competenza esclusiva della Commissione per accordare le esenzioni individuali;
- c. decentralizzazione dell'intero sistema dell'art. 81, compreso il par. 3, alle autorità nazionali competenti ed ai giudici nazionali.

I primi effetti di un simile cambiamento sono: la necessità per le imprese di valutare la legittimità dei propri accordi alla luce dell'art. 81 del Trattato, compresa la fondatezza del proprio diritto a giustificare il comportamento attuato alla luce del par. 3; in secondo luogo, la possibilità degli organi nazionali di intervenire solo *ex post*, in caso di segnalazioni o autonome istruttorie (le autorità garanti), ovvero in caso di controversie (i giudici nazionali).

L'operazione di rinnovamento in corso è frutto del cambiamento dello scenario odierno rispetto a quello degli anni Sessanta. Il regolamento n. 17 era stato ideato per una Comunità composta di 6 Stati, con 4 lingue ufficiali. Al momento attuale la Comunità è estesa a 15 Stati, con 11 lingue ufficiali, per 350 milioni di abitanti, essendovi una lista di ben 13 Stati candidati all'adesione (Turchia, Cipro, Malta, Ungheria, Polonia, Romania, Slovacchia, Lettonia, Estonia, Lituania, Bulgaria, Repubblica Ceca, Slovenia) con una potenziale prossima popolazione di 450 milioni di abitanti. Le preoccupazioni degli anni Sessanta erano soprattutto nel senso di garantire un'uniformità di indirizzo nell'ambito della Comunità, con il meccanismo della centralizzazione dei poteri sulla Commissione. Al contrario oggi, l'armonizzazione dei diritti interni dei singoli Stati è ormai compiuta in molti settori e la coscienza partecipativa di tutti i Paesi membri al processo di armonizzazione può dirsi acquisita. Molti Stati membri hanno istituito autorità garanti che sono in grado di contribuire attivamente al ruolo esercitato dalla Commissione; il moltiplicarsi delle occasioni di incontro e di confronto fra dette autorità, e fra queste e la Commissione, ha creato un clima di reciproca fiducia, che ha contribuito a maturare il convincimento che i tempi fossero maturi per un effettivo decentramento.

Tale clima si è instaurato in una situazione istituzionale che vede ormai consolidato un insieme di regole rappresentate, oltre che dalle fonti normative

primarie e da quella secondarie (regolamenti), dalle indicazioni scaturenti dalla giurisprudenza comunitaria e dalle decisioni e comunicazioni della Commissione, che rappresentano un riferimento sicuro per i singoli organismi nazionali.

Le ragioni che hanno indotto la Commissione a proporre una così radicale riforma vanno ricercate sia nella generale tendenza alla decentralizzazione, rendendo gli organi locali competenti a dare applicazione concreta alle regole ed ai principi comunitari, sia nell'impossibilità per la Commissione stessa di sostenere da sola la responsabilità di applicare le regole della concorrenza in tutta l'Unione, a maggior ragione in vista dell'ampliamento a 25 o 28 Stati membri. Inoltre, il sistema accentrato e di obbligatorietà delle notificazioni ha comportato in questi anni per la Commissione un aggravio di lavoro insostenibile, spesso poco fruttuoso³⁹, e nello stesso tempo ha determinato eccessivi oneri per le imprese, stanti i maggiori costi da sostenere per conformarsi alla disposizione di notificare alla Commissione gli accordi.

6. Il ruolo della Commissione nel precedente contesto

La proposta di riforma si è andata inserendo in un quadro già sufficientemente definito dalle Comunicazioni della Commissione, che, dando attuazione alle regole di cui agli artt. 81 e 82, hanno disciplinato i rapporti della Commissione con i giudici nazionali e con le autorità garanti. Si tratta delle Comunicazioni 13 febbraio 1993 e 15 ottobre 1997⁴⁰.

Nella vigenza del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17/62⁴¹ (primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato), l'applicazione diretta della normativa comunitaria da parte delle autorità nazionali su-

³⁹ Si pensi che la Commissione ha esaminato in questi anni decine di migliaia di notifiche, impegnando il 60% della sua attività nell'istruttoria di casi che originano da notifiche. Di questi, dal 1962, per soli nove casi sono state adottate decisioni di proibizione, essendo in tal modo apparso ovvio che le restrizioni di concorrenza più gravi non vengono notificate.

⁴⁰ Per un'analisi dei contenuti delle due Comunicazioni, vedi HERBERT, *Rapport entre les procédures devant la Commission des C.E. et les juridictions nationales*, Atti del Convegno di Treviso, 2-3 ottobre 1992, «Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario», in *Riv. dir. ind.*, 1993, I, p. 461; RAFFAELLI, *I giudici nazionali ed il diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 1; SAGGIO, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 1; TIZZANO, *L'applicazione decentrata degli artt. 85 e 86 CE in Italia*, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 34; TAVASSI, in TAVASSI - SCUFFI, *Diritto Processuale Antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 47 ss. e ID., *I poteri dell'Autorità garante fra Commissione delle Comunità Europee e giudice nazionale*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, settembre 1999. In termini analoghi alla Comunicazione 13 febbraio 1993 si è espressa la già citata Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra giudici nazionali e Commissione nel campo degli aiuti di Stato, in *Guce* n. C 312 del 23 novembre 1995, p. 7.

⁴¹ Primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, in *Guce* n. L 13 del 21 febbraio 1962, p. 204, entrato in vigore il 13 marzo 1962, come modificato dai regolamenti del Consiglio del 3 luglio 1962 n. 59, in *Guce* n. L 58 del 10 luglio 1962, p. 1655 e del 5 novembre 1963 n. 118, in *Guce* n. L 162 del 7 novembre 1963, p. 2696; completato dal regolamento del 20 dicembre 1971 n. 2822/71, in *Guce* n. L 285 del 29 dicembre 1971, p. 49; con gli ulteriori adeguamenti fino al 1° gennaio 1995.

biva il limite di cui all'art. 9.3, che escludeva che le "autorità nazionali" potessero intervenire nel caso in cui la Commissione avesse iniziato una procedura.

La Corte di giustizia aveva chiarito che le "autorità" cui si riferivano gli artt. 88 del Trattato (ora 84 CE) e 9 del regolamento n. 17/62 erano gli organi, amministrativi o al limite giurisdizionali, ai quali le legislazioni interne conferivano il compito di applicare in via principale il diritto della concorrenza, ma non gli organi giurisdizionali cui era devoluta l'applicazione di tali norme a titolo incidentale, nelle controversie fra privati⁴².

È noto che l'autorità giudiziaria nazionale, in forza del previgente regolamento n. 17, era competente ad applicare in via incidentale (con tale diffusa espressione nel caso in esame si intendeva «incidentalmente, nell'ambito di una controversia fra privati per la soluzione della quale appaia di rilievo il riferimento al diritto comunitario») gli artt. 85, primo comma, e 86 del Trattato (ora 81 e 82 CE). Tale applicazione diretta era possibile anche laddove fosse già stata investita della questione la Commissione; in tal caso il giudice poteva sospendere il giudizio ove ne ravvisasse l'opportunità, ma non era tenuto a farlo, in attesa della pronuncia della Commissione⁴³.

Il problema della competenza concorrente e contemporanea dei giudici nazionali e della Commissione aveva trovato una sua disciplina nella Comunicazione del 13 febbraio 1993 (n. 93/C 39/05), relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato⁴⁴. Detta Comunicazione riassumeva le competenze reciproche della Commissione e dei giudici nazionali, quali già delineate nella giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado (nella sua seconda parte), mentre nella terza parte («Esercizio delle competenze della Commissione») definiva i poteri della Commissione e le modalità procedurali della sua azione, fornendo precise indicazioni anche circa le competenze e l'operare dei giudici nazionali (parte IV), nonché circa la cooperazione fra giurisdizioni nazionali e Commissione (parte V). Così, premesso che la Commissione è l'autorità amministrativa responsabile dell'orientamento e dell'attuazione della

⁴² Cfr. le sentenze 6 aprile 1962 in causa n. 13/61, *Kledingverkoop-bedrijf De Geus en Uitdenbigerd c. R. Bosch GmbH*, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1625; 18 marzo 1980 in causa n. 43/69, *Brauerei A. Bilger Sohne GmbH c. H. e M. Jehle*, in *Raccolta*, 1970, IV, c. 97, con nota di TIZZANO; 6 febbraio 1973 in causa n. 48/72, *Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen*, in *Raccolta*, 1973, IV, p. 75; 30 gennaio 1974 in causa n. 127/73, *BRT c. Sabam*, in *Raccolta*, 1974, p. 51. In dottrina sul punto FRIGNANI - WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza*, cit. supra, nota 14, p. 236 ss.; BENEDETTI, *Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 235; HERBERT, *Rapport entre les procédures*, cit. supra, nota 40, p. 450.

⁴³ Cfr. GHIDINI - HASSAN, *Diritto industriale*, cit. supra, nota 15, p. 71; ALESSI - OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 177; MUNARI, *L'applicazione dell'art. 85 del Trattato di Roma nei procedimenti davanti ai giudici nazionali*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 629; LIBERTINI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 323; Corte di giustizia, 30 gennaio 1974 in causa n. 127/73, *BRT c. Sabam*, loc. cit. e in *G.A.D.I.*, 1974, n. 663; Corte di giustizia 6 febbraio 1973 in causa n. 48/72, *Brasserie de Haecht*, loc. cit. e in *G.A.D.I.*, 1973, n. 442.

⁴⁴ In *Guce* n. C 39 del 13 febbraio 1993, p. 6.

politica comunitaria della concorrenza e che a tal fine deve agire nel pubblico interesse, la Comunicazione precisava che «i giudici nazionali hanno invece la funzione di salvaguardare i diritti soggettivi dei singoli nei rapporti che intercorrono tra loro» (par. 4). Tali principi erano tratti espressamente dalla giurisprudenza comunitaria⁴⁵, e parimenti sulla giurisprudenza della Corte di giustizia si fonda l'ulteriore affermazione (par. 5) che «poiché, per loro natura, i divieti sanciti dagli articoli 85, paragrafo 1, e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare» e che (par. 6) «l'art. 85, paragrafo 2, consente loro di determinare, conformemente alla procedura nazionale applicabile, le conseguenze di diritto civile implicite nel divieto di cui all'art. 85»⁴⁶.

A tale ultimo proposito si può rilevare come sia difficile prevedere in linea generale le conseguenze che possano derivare dalla nullità «di pieno diritto» prevista dall'art. 85 per gli accordi o per le clausole di determinati accordi, da esso vietati: si pensi ad esempio alle obbligazioni che in un simile accordo possono trovare la loro fonte, quali sublicenze, contratti di distribuzione o di fornitura, obblighi di pagamento, di restituzioni e così via. È importante in proposito ricordare che la Corte ha avuto modo di affermare che tutti i problemi di tal genere devono essere risolti in base alle singole leggi nazionali⁴⁷. Appartengono ancora alla competenza dei giudici nazionali le conseguenze di diritto civile derivanti dall'illecito anticoncorrenziale, quali le domande restitutorie o risarcitorie.

Fra le competenze rimesse ai giudici nazionali sono ancora da elencare le misure provvisorie e le inibitorie alla violazione del diritto alla concorrenza⁴⁸,

⁴⁵ Sentenza del 28 febbraio 1991 in causa n. C-234/89, *Delimitis c. Henninger Brau*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 935 e massimata in questa *Rivista*, 1992, p. 687 con nota di BERTOLI, *Contratto di fornitura di birra e concorrenza*, p. 689 nonché la sentenza del Tribunale di Primo grado del 18 settembre 1992 in causa n. T-24/90, *Automec c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 2223.

⁴⁶ Sentenze del 30 gennaio 1974 in causa n. 127/73, *BRT c. Sabam* e 6 febbraio 1973 in causa n. 48/72, *Brasserie de Haecht c. Wilkin Janssen*, entrambe *cit. supra*, nota 42; 14 dicembre 1983 in causa n. 319/82, *Ciments et Bétons c. Kerpen et Kerpen*, in *Raccolta*, 1983, p. 4173.

⁴⁷ Corte di giustizia, 14 dicembre 1983, *Ciments et Bétons*, *loc. cit.* e in *G.A.D.I.*, 1984, n. 1828.

⁴⁸ La Corte ha affermato che i giudici dei Paesi membri sono tenuti a disapplicare eventuali norme di diritto interno che ostino all'adozione in via cautelare di provvedimenti tali da assicurare l'attuazione di disposizioni di fonte europea che conferiscono disposizioni soggettive in capo ai singoli: cfr. sentenza 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, *Factortame*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2433, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1122, con nota di CONSOLO, *Fondamento comunitario della giurisprudenza cautelare* e in *A.I.D.A.*, 1990, p. 832, con nota di MUSCARDINI, *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario* nonché in questa *Rivista*, 1993, p. 83 con nota di VIVIANI, *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*, p. 581. Il quadro giuridico di riferimento in materia di tutela cautelare, oltre che dalla citata sentenza, è rappresentato dalle pronunce: Corte di giustizia, 21 febbraio 1991 in cause riunite n. C-143/88 e n. C-92/89, *Zuckerfabrik*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 415; 9 novembre 1995 in causa n. C-465/93, *Atlanta*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 333, con nota di CHITI, *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario* e in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 1156, con nota di MASUCCI, *La lunga mar-*

«qualora siffatti rimedi siano esperibili in procedure analoghe di diritto nazionale» e «nel quadro del diritto procedurale nazionale».

In merito alle procedure ed ai mezzi di ricorso esperibili per l'efficacia diretta delle norme comunitarie davanti ai giudici nazionali la Corte di giustizia si è espressa nel senso che il Trattato, pur prevedendo azioni dirette dei singoli esperibili davanti alla Corte, fa salve tuttavia le azioni contemplate dal diritto nazionale per garantire il rispetto delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, alle stesse condizioni di ricevibilità e di procedura che valgono quando si tratta di garantire l'osservanza del diritto nazionale⁴⁹.

La Comunicazione, dando attuazione al principio di sussidiarietà, indicava l'obbligo di fare riferimento al diritto comunitario laddove non esistesse un possibile riferimento alla legge nazionale, cosicché nei singoli Paesi i rapporti restavano regolati dalle leggi territorialmente vigenti, salva l'integrazione sostitutiva della normativa comunitaria, che poteva essere direttamente applicabile solo in via sussidiaria, cioè ad integrare il singolo ordinamento, o in via sostitutiva, laddove esistesse una norma in contrasto con il diritto comunitario.

La Comunicazione del 13 febbraio 1993 dava atto dell'applicazione diretta degli artt. 85 e 86 del Trattato (in seguito 81 e 82 CE) da parte dei giudici nazionali.

Nell'applicazione diretta delle norme del Trattato da parte dei giudici nazionali, può delinearsi il rischio che della medesima questione sia già investita o possa essere investita la Commissione, essendo quindi di primaria attenzione evitare di pronunciare in modo contraddittorio rispetto a quest'ultima. La Corte di giustizia nelle sue pronunce⁵⁰ aveva sviluppato, già nel vigore del precedente regolamento, una serie di linee guida che possono essere tenute presenti dai giudici nazionali per evitare di emettere decisioni incompatibili con quelle adottate dalla Commissione.

Una prima ipotesi è data dall'eventualità che la Commissione si sia già occupata dell'intesa o della pratica, mediante una decisione, un parere o un'altra presa di posizione: in tal caso il giudice nazionale, che deve farsi carico di accertare simile eventualità⁵¹, non è vincolato dagli atti della Commissione,

cia della Corte di Lussemburgo verso una tutela cautelare europea; 19 settembre 1996 in causa n. C-236/95, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Giur. it.*, 1998, I, p. 145.

⁴⁹ Corte di giustizia, 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe-Zentralfinanz*, in *Raccolta*, 1976, p. 1989; 7 luglio 1981 in causa n. 158/80, *Rewe c. Hauptzollamt Kiel*, in *Raccolta*, 1981, p. 1805; 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato italiano c. San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595 e in *Foro it.*, 1984, IV, c. 298, con nota di DANIELE; 27 febbraio 1980 in causa n. 68/79, *Just*, in *Raccolta*, 1980, p. 501 e in *Foro it.*, 1981, IV, c. 118, con nota di TIZZANO; 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6 e n. C-9/90, *Franovich e Bonifaci*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 81 con nota di CAPELLI, *Un «pungolo» per i Paesi inadempienti*, p. 91.

⁵⁰ Cfr. in particolare le sentenze nelle cause *Delimitis*, *cit. supra*, nota 45; *Brasserie de Haecht e BRT c. Sabam*, entrambe *cit. supra*, nota 42.

⁵¹ Va notato che nella maggior parte dei casi saranno le parti a fornire una simile indicazione, essendo tuttavia possibile che il giudice investito di una causa civile ad iniziativa di parte, chieda

ma può trarne elementi rilevanti ai fini della propria decisione, nell'intento di evitare, per quanto possibile, decisioni contrastanti.

Diverso è il caso in cui sussistano le condizioni per la concessione dell'esenzione individuale oppure allorché l'intesa rientri tra quelle comprese nell'esenzione per categoria, ai sensi dell'art. 81.3. La Commissione ha sul punto una competenza esclusiva (allo stato attuale e fino al 1° maggio 2004), cosicché il giudice nazionale deve attenersi alla decisione della Commissione: laddove quest'ultima abbia già deciso, con la concessione di un'esenzione individuale, il giudice non può che ritenere la stessa legittima; parimenti deve regolarsi, se l'intesa rientra nella disciplina prevista da un regolamento di esenzione per categoria, avendo questi, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia⁵², efficacia immediata e diretta.

Nel caso in cui la Commissione non abbia preso posizione sulla stessa intesa o pratica, in quanto abbia ritenuto eventualmente infondata la denuncia o abbia comunque ritenuto di archiviare il caso mediante la comunicazione di una lettera amministrativa, la cosiddetta «comfort letter»⁵³, la Corte si è espressa nel senso che questo tipo di lettere non vincola i giudici nazionali, ma «la valutazione degli uffici della Commissione costituisce un elemento di fatto di cui i giudici possono tener conto nell'esaminare la conformità degli accordi o dei comportamenti in questione con l'art. 85»⁵⁴.

In tutti i casi in cui la Commissione non abbia preso posizione sull'intesa o sulla pratica concordata all'esame del giudice nazionale, questi nel fare applicazione degli artt. 85 e 86 potrà fare riferimento, come meglio vedremo in seguito, alla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di Primo grado, come pure alle comunicazioni generali pubblicate dalla Commissione⁵⁵, nelle quali vengono indicati gli accordi che secondo la Commissione non

informazioni anche direttamente alla Commissione, avvalendosi della facoltà e dello strumento di cui agli artt. 213 c.p.c. e 96 disp. att.

⁵² Vedi la sentenza *Brasserie de Haecht*, cit. supra, nota 42 e la sentenza del 3 febbraio 1976 in causa n. 63/75, *Fonderies Roubaix-Wattrelos*, in *Raccolta*, 1976, p. 111.

⁵³ Inviata ai sensi dell'art. 6 del regolamento n. 99/63. Per un approfondimento su tali lettere cfr. Tribunale di Primo grado, sentenza del 9 gennaio 1996 in causa n. T-575/93, *Casper Koelman*, cit. supra, nota 37 e le sentenze 29 giugno 1993 in causa n. T-7/92, *Asia Motor France SA e al. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, II, p. 669; 18 settembre 1996 in causa n. T-387/94, *Asia Motor France SA e al. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 961 e 12 giugno 1997 in causa n. T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 923.

⁵⁴ Così la citata Comunicazione n. 93/C 39/05, al par. 20 e le sentenze della Corte del 10 luglio 1980 in causa n. 99/79, *Profumi Lancôme* e in causa n. 253/78 e da n. 1 a n. 3/79, *Guerlain*, punto 11, entrambe cit. supra, nota 37, oltre alla sentenza del 2 dicembre 1980 in causa n. 31/80, *L'Oréal*, in *Raccolta*, 1980, p. 3775.

⁵⁵ Di tal genere la Comunicazione per gli accordi di importanza minore, detta *de minimis* o "bagatelles", in *Guce* n. C 231 del 12 settembre 1986; la Comunicazione sui contratti di rappresentanza stipulati con i rappresentanti di commercio, in *Guce* n. 139 del 24 dicembre 1962; quella sugli accordi, decisioni e pratiche concordate concernenti la cooperazione fra imprese, in *Guce* n. C 75 del 29 luglio 1968; quella sulla valutazione dei contratti di subfornitura, in *Guce* n. C 1 del 3 gennaio 1979; v. anche le indicazioni circa l'applicazione degli artt. 85 e 86 di cui alla Comunicazione in tema di accordi inerenti alle operazioni di concentrazione e di cooperazione a norma del

ricadono nel divieto di cui all'art. 85, n. 1, rispetto ai quali è comunque possibile il diverso parere degli organi di giustizia comunitari.

Può, infine, darsi il caso in cui la questione all'esame del giudice nazionale sia contemporaneamente oggetto di una procedura già avviata davanti alla Commissione; in tal caso il giudice nazionale, qualora lo ritenga necessario per ragioni di certezza del diritto e per evitare pronunce contrastanti in ambito nazionale, rispetto a quello comunitario, può sospendere il giudizio in attesa dell'esito dell'attività della Commissione.

La Comunicazione del 1993 ipotizzava anche che il giudice potesse sospendere il giudizio qualora desiderasse interrogare la Commissione, nell'ambito della cooperazione permanente fra Commissione e giudici nazionali (parte V).

Sembra poi incompatibile con gli strumenti previsti dall'ordinamento italiano e con i poteri concessi al giudice l'ipotesi, ampiamente caldeggiata dalla comunicazione della Commissione (par. 37, 38, 39, 41 e 42), che i giudici nazionali consultino la Commissione su questioni giuridiche; non sembra vi sia alcuna norma che, ancorché interpretata estensivamente, consenta una simile eventualità, apparendo la stessa contraria ai principi generali che improntano il nostro processo all'iniziativa di parte, a fronte di limitatissimi poteri inquirenti ed istruttori concessi al giudice ed alla necessità che sia solo quest'ultimo, in sintonia con le domande delle parti, ad affrontare e risolvere le questioni giuridiche rilevanti per la soluzione del caso di specie.

Va ancora ricordato il suggerimento di cui alla sentenza *Delimitis*⁵⁶, al punto 52 («la sospensione del procedimento o l'adozione di provvedimenti provvisori va presa in considerazione anche qualora nel contesto dell'applicazione degli artt. 85 n. 1 e 86 si presenti il rischio di decisioni contraddittorie») e di cui alla Comunicazione («il giudice nazionale sospende il giudizio in attesa che la Commissione si pronunci. In questo caso può tuttavia adottare le disposizioni provvisorie che riterrà necessarie, secondo le modalità del diritto nazionale applicabile nella specie»).

L'ipotesi che i giudici nazionali sospendano il proprio giudizio in attesa della decisione della Commissione, per evitare contrasti di giudicati, non appare soddisfacente per una serie di motivi: la prospettata soluzione lascia al giudice nazionale una discrezionalità eccessiva in merito all'effettuazione o meno del rinvio alla Commissione; sarebbe sufficiente la notifica di un'intesa alla Commissione per giustificare la sospensione del giudizio nazionale; e ciò in contra-

regolamento n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione (emendato, con abbassamento delle soglie a partire dal 1° marzo 1998, con il regolamento del Consiglio n. 1310/97 del 30 giugno 1997, ed oggetto della già ricordata proposta di riforma), e quella relativa alle restrizioni accessorie alle operazioni di concentrazione, entrambe in *Guce* n. C 203 del 14 agosto 1990.

⁵⁶ *Cit. supra*, nota 45.

sto con i principi di economia processuale e di buona amministrazione della giustizia che individuano per il singolo il diritto ad ottenere dal suo giudice naturale una pronuncia in tempi brevi sulla controversia sottopostagli; l'autorità giurisdizionale si astiene dalla decisione che le compete in attesa di un'eventuale pronuncia dell'attività amministrativa, che agisce a tutela dell'interesse comunitario, e ciò prescindendo dal problema di carattere processuale in relazione all'impossibilità per il nostro ordinamento di realizzare una simile sospensione.

Va rilevato che il problema si pone in termini assolutamente diversi nel caso di applicazione dell'art. 81.3, poiché in questo caso sussiste (fino all'applicazione del nuovo regolamento e cioè fino al 1° maggio 2004) la competenza esclusiva della Commissione, onde il giudice nazionale è vincolato alla decisione della Commissione.

7. Il ruolo della Commissione con il nuovo regolamento

Si sono già prima indicate le motivazioni che hanno indotto alla riforma del regolamento n. 17 ed all'emanazione del nuovo regolamento n. 1/2003, la cui applicazione è fissata a decorrere dal 1° maggio 2004.

La relazione accompagnatoria alla proposta di riforma indicava le finalità perseguite con il sistema innovato nei seguenti punti: una tutela più efficace della concorrenza, condizioni di concorrenza più omogenee, un adeguato livello di certezza del diritto per le imprese, infine, una riduzione degli adempimenti amministrativi.

In primo luogo, una tutela più efficace della concorrenza verrebbe perseguita tramite un maggior numero di autorità competenti a dare attuazione alle regole di concorrenza comunitarie: sono così rese competenti ad applicare gli artt. 81 e 82 nella loro interezza le autorità garanti della concorrenza ed i giudici nazionali, con l'intento che formino una rete e lavorino in stretta collaborazione per l'applicazione delle norme comunitarie.

In particolare, viene sottolineato che il ruolo assegnato ai giudici nazionali è quello di tutelare i diritti soggettivi, laddove le autorità garanti e la Commissione agiscono nel pubblico interesse. I giudici nazionali possono accordare risarcimenti dei danni conseguenti a violazioni delle regole della concorrenza e assicurare l'attuazione o non attuazione dei contratti e delle singole clausole di essi, mediante il meccanismo dell'annullamento, così integrando l'azione delle autorità. Si auspica e si prevede che l'eliminazione della riserva alla Commissione della concessione delle esenzioni di cui all'art. 81.3 favorisca l'applicazione della normativa sulla concorrenza da parte dei giudici nazionali, rafforzando la tutela dei diritti soggettivi.

Il sistema di tutela, poi, viene reso più efficiente concentrando l'azione della Commissione sull'individuazione delle infrazioni più gravi: l'abolizione

del sistema di notificazione e di autorizzazione preventiva, consentirà alla Commissione di concentrarsi sulle denunce e sui procedimenti d'ufficio diretti ad una decisione di divieto, laddove sia ravvisabile un interesse comunitario.

Il miglioramento della tutela della concorrenza sarà garantito conferendo alla Commissione maggiori poteri di indagine, tramite la predisposizione di norme che disciplinano l'ottenimento di provvedimenti a livello nazionale per superare eventuali opposizioni ad un'ispezione disposta nei confronti di un'impresa; tramite la possibilità degli agenti della Commissione di essere autorizzati dall'autorità giudiziaria ad accedere anche a domicili privati; infine, tramite aumenti delle ammende per le infrazioni alle norme procedurali e delle penalità di mora.

Il secondo intento perseguito riguarda una maggior omogeneità delle condizioni di concorrenza, effetto che il nuovo regolamento intende perseguire a due livelli: in primo luogo, rendendo possibile l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza ad un maggior numero di casi e limitando la disomogeneità dovuta alle differenze fra le legislazioni nazionali in materia; in secondo luogo, attuando una serie di misure che possano garantire l'applicazione coerente delle regole comunitarie da parte delle varie istanze decisionali competenti.

In tale organizzazione l'obiettivo è che i casi siano trattati, nell'ambito della rete delle autorità responsabili della concorrenza, dall'autorità più idonea, concetto questo vago e di difficile definizione, per la cui individuazione le recenti Comunicazioni della Commissione suggeriscono alcuni criteri.

Infine il terzo intento dichiarato è quello di garantire un adeguato livello di certezza del diritto ed una riduzione degli adempimenti amministrativi per le imprese.

Tale ultimo profilo sembra più facile da attuare, mentre sicuramente più problematico è mantenere al tempo stesso un adeguato livello di certezza del diritto.

In parte l'obiettivo dovrebbe essere raggiunto tramite le esenzioni per categoria; ad esse le imprese potranno fare riferimento per valutare la legittimità o meno del loro comportamento. La Commissione ritiene che le comunicazioni, gli orientamenti e le linee direttrici da essa stessa emanate possano chiarire l'applicazione delle norme. La relazione accompagnatoria della proposta di riforma auspicava che il maggior numero di autorità competenti potesse permettere di sviluppare rapidamente una giurisprudenza ed una pratica interpretativa anche nei luoghi ove esse ancora fossero carenti.

Esaminando più nel dettaglio il nuovo testo è da sottolineare il principio generale dell'applicazione degli artt. 81 e 82 in modo tale che gli atti ed i comportamenti con essi sanzionati sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso, e nello stesso modo gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate che soddisfino le condizioni di cui all'art. 81.3 non sono vietate.

ti, senza che occorra una previa decisione in tal senso (art. 1). Il testo definitivo di tale disposizione appare molto più dettagliato di quello della proposta iniziale.

Il *considerando* 4 del regolamento esprime chiaramente l'idea - meglio di quanto non faccia il testo della norma - che si intenda introdurre un «sistema di eccezione direttamente applicabile», che rende tutti gli organi competenti (la Commissione, i giudici nazionali, le autorità nazionali garanti della concorrenza) tenuti a dare piena attuazione all'art. 81, così come all'art. 82 del Trattato, anche esaminando se sono soddisfatte le condizioni di cui all'art. 81.3. La indicazione del *considerando* richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia; la relazione che accompagnava la proposta di riforma suggeriva chiaramente che, nell'applicazione integrale dell'art. 81, le autorità chiamate a svolgere l'esame ai fini di cui al par. 3 della norma, avrebbero dovuto rispettare l'interpretazione data dall'art. 81.3 dalle giurisdizioni comunitarie, dovendo inoltre prendere in considerazione tutti gli altri elementi interpretativi, inclusi gli orientamenti, le linee direttrici, le comunicazioni e le decisioni della Commissione.

Sul punto si può notare come la nostra legge nazionale sia già in linea con una simile indicazione, stabilendo l'art. 1.4 che l'interpretazione delle norme dettate in tema di intese, abuso di posizione dominante ed operazioni di concentrazione sia effettuata «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza». La giurisprudenza consolidata valuta tale riferimento come comprensivo dell'interpretazione che delle stesse norme in materia di concorrenza è stata data dal giudice comunitario, in quanto elaborazione dei principi dell'ordinamento comunitario.

Nel nuovo regolamento, accanto alle competenze rimesse agli organi nazionali - autorità garanti della concorrenza e giurisdizioni nazionali (rispettivamente, artt. 5 e 6) - permane la competenza della Commissione (art. 4) nei termini definiti dai successivi artt. 7-10, nonché per l'autorizzazione delle esenzioni per categoria (art. 29). Quest'ultimo sistema, già collaudato, consente alla Commissione di assicurare un'applicazione uniforme delle regole della concorrenza e nello stesso tempo offre alle imprese un riferimento sicuro al fine di valutare la legittimità dei loro accordi.

Il potere della Commissione è rafforzato dalla possibilità di svolgere indagini (art. 17), ottenere informazioni dalle imprese e associazioni di imprese (art. 18.1), nonché dai governi e dalle autorità garanti nazionali (che sono chiamate a fornire «tutte le informazioni necessarie per assolvere i compiti affidatili dal presente regolamento» art. 18.6). Estremamente significativi nel senso della maggior efficienza ed incisività del ruolo assegnato alla Commissione sono i poteri ad essa concessi (artt. 19-21) di raccogliere informazioni, di procedere ad accertamenti presso imprese e associazioni di imprese, anche con la collaborazione delle autorità garanti degli Stati membri (secondo le

modalità di cui all'art. 22) ed avvalendosi eventualmente della forza pubblica, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, ove prevista dalla legislazione nazionale (art. 20, par. 6-8), autorizzazione che diventa obbligatoria nel caso di cui all'art. 21 («accertamenti in altri locali», compreso il domicilio di esponenti aziendali e personale). Tali disposizioni vanno coordinate con le indicazioni di cui all'art. 27 circa le modalità delle audizioni, mediante tutela dei diritti di difesa, il limite all'accesso alle informazioni riservate (fra queste gli scambi di corrispondenza fra la Commissione e le autorità garanti nazionali), con la previsione forte che nessuna disposizione del medesimo paragrafo (par. 2 dell'art. 27) possa impedire alla Commissione la divulgazione e l'utilizzo delle informazioni necessarie a dimostrare l'esistenza di un'infrazione. Tale ultima affermazione va, tuttavia, coordinata con il richiamo al rispetto del segreto d'ufficio da parte della Commissione e delle autorità garanti nazionali, nonché dei loro funzionari, agenti ed operatori

La Commissione può imporre ammende e penalità di mora secondo le indicazioni di cui agli artt. 23-26 e sempre sotto il controllo giurisdizionale, anche di merito, della Corte di giustizia (art. 31).

Ha il potere di revocare l'esenzione per categoria, d'ufficio o in seguito a denuncia, se constatata che in uno specifico caso un accordo, una decisione o una pratica concordata ha effetti incompatibili con la previsione di cui all'art. 81, par. 3. Il menzionato potere è rimesso, con una soluzione sicuramente interessante, ma di non facile coordinamento generale, anche alle autorità garanti della concorrenza nazionali, che possono esercitare simile facoltà per il loro territorio, a condizione che detto territorio costituisca un mercato geografico distinto (art. 29.2). Per salvaguardare il coordinamento è necessario che la revoca avvenga previa consultazione preliminare della Commissione (art. 11.4).

Una competenza analoga era già prevista nel settore degli accordi verticali in forza dell'art. 1.4 del regolamento Ce del Consiglio n. 1215/1999 del 10 giugno 1999, emanato a modifica del regolamento n. 19/1965, relativo all'applicazione dell'art. 81.3 a categorie di accordi e pratiche concordate, con riferimento agli accordi che hanno efficacia nel territorio nazionale e limitatamente a detto territorio.

È significativo, invece, che non si sia ritenuto di attuare un'analoga soluzione nel recente regolamento di esenzione per la categoria degli accordi in materia di ricerca e sviluppo, del 29 novembre 2000⁵⁷. In detto regolamento è previsto (art. 7) che sia solo la Commissione legittimata a revocare il beneficio dell'esenzione, ove gli accordi, rientranti nell'ambito di applicazione del medesimo regolamento, producano nondimeno effetti incompatibili con l'art. 81.1 del Trattato, effetti specificamente indicati dall'art. 7 (lett. da *a.* ad *e.*).

⁵⁷ Regolamento della Commissione Ce n. 2659/2000 del 29 novembre 2000, in *Guce* n. L 304 del 5 dicembre 2000, p. 7.

Parimenti, anche il regolamento di esenzione riguardante talune categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate tra compagnie di trasporto marittimo di linea (consorzi), del 19 aprile 2000⁵⁸, riserva alla Commissione il potere di disporre la revoca dell'esenzione in casi determinati (art. 12).

È poi rimessa alla Commissione la c.d. «constatazione di inapplicabilità» di cui all'art. 10, che riserva alla discrezionalità della Commissione di stabilire, agendo d'ufficio, che un singolo accordo, decisione o pratica concordata rimanga esente dall'applicazione dell'art. 81, o perché non ricorrono le condizioni del paragrafo primo di detto articolo, o perché sono soddisfatte le condizioni del paragrafo terzo. Parimenti la Commissione può effettuare una simile constatazione in relazione all'art. 82 del Trattato. Tale potere discrezionale è subordinato al rilievo di un «interesse pubblico comunitario», e per tale ragione deve essere considerato vincolante per le autorità nazionali.

Quanto alle competenze assegnate alle autorità garanti nazionali, cui, come già si è detto, è rimessa per intero l'applicazione degli artt. 81 e 82, il nuovo regolamento (come era già nella Proposta) all'art. 5 si fa carico di indicare anche i provvedimenti che possono essere emessi, e cioè provvedimenti tesi ad ordinare la cessazione dell'infrazione, ad adottare misure cautelari, ad accettare impegni, ovvero a comminare ammende, penalità di mora e qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale, o infine provvedimenti di non luogo a provvedere per assenza di motivi per intervenire.

Il provvedimento dell'autorità garante soffre, rispetto al ruolo assegnato alla Commissione, un triplice limite: in primo luogo, è da ritenersi limitato al caso esaminato, in secondo luogo non ha effetto al di fuori del territorio di appartenenza, infine non vincola la Commissione.

Va considerato che neppure il nuovo regolamento prevede l'armonizzazione dei regimi nazionali di sanzione, pur non potendosi negare che le indicazioni fornite non potranno non trovare un adeguamento nell'ambito di ciascuno Stato membro, proprio per quella omogeneità di trattamento perseguita dal regolamento stesso.

Confrontando la previsione di cui all'art. 5 indicato con i poteri riservati all'autorità garante della concorrenza e del mercato dalla legge italiana sulla concorrenza, va ricordata la carenza di uno specifico potere cautelare dell'autorità nazionale, rispetto ai provvedimenti suggeriti dalla norma del regolamento. Potrebbe dirsi che le misure cautelari di cui parla l'art. 5 non debbano necessariamente identificarsi con l'ampio spettro dei provvedimenti cautelari che l'ordinamento interno rimette alla competenza dei giudici nazionali; tuttavia è innegabile che, per essere in linea con le previsioni del nuovo regolamento, alla AGCM italiana dovrebbe essere attribuito un potere di emanare provvedimenti di natura cautelare, quantomeno a carattere conservativo, quali

⁵⁸ Regolamento della Commissione Ce n. 823/2000 del 19 aprile 2000, in *Guce* n. L 100 del 20 aprile 2000, p. 24.

quelli riconosciuti alla Commissione dalla giurisprudenza comunitaria anche nel vigore del regolamento n. 17⁵⁹.

L'art. 8 del regolamento attribuisce espressamente alla Commissione, nei casi di urgenza, rappresentati dal rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza e laddove constati *prima facie* la sussistenza di un'infrazione, il potere di adottare misure cautelari, applicabili per un determinato periodo di tempo ed eventualmente rinnovabili. Il testo della Proposta indicava «provvedimenti provvisori, applicabili per un periodo massimo di un anno rinnovabile». La scelta della terminologia «misure cautelari» è sicuramente più precisa, definendo meglio il contenuto e la funzione dei provvedimenti provvisori adottabili, mentre è stata lasciata maggior discrezionalità alla Commissione circa la durata di dette misure, non essendo previsto né un termine massimo di validità, né per quante volte detto termine possa essere rinnovato, essendovi solo il riferimento.

Allo stato attuale invece l'autorità italiana non è dotata di poteri cautelari adeguati, fatta salva la possibilità della sospensione temporanea della realizzazione della concentrazione fino alla conclusione dell'istruttoria (art. 17 legge n. 287) e della sospensione dell'attività di impresa fino ad un massimo di trenta giorni (art. 15 della stessa legge, in tema di intese), sospensione che ha natura coercitiva più che cautelare.

8. Il progetto di comunicazione relativa alla cooperazione tra Commissione e giurisdizioni nazionali

Con il nuovo regolamento cambiano radicalmente i presupposti che sottendono ai rapporti fra la Commissione ed i giudici nazionali.

Il recente progetto di comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato⁶⁰ sembra ribadire in termini più chiari e decisi le indicazioni già contenute nella Comunicazione del 1993.

⁵⁹ La Corte aveva ripetutamente affermato che simili poteri fossero implicitamente consentiti dalla previsione di cui all'art. 3.1 del regolamento n. 17/62, nella parte in cui prevede che la Commissione possa obbligare le parti a porre fine all'infrazione contestata. Un primo caso in cui è stato affermato l'autonomo potere cautelare della Commissione è dato dall'ordinanza del Presidente della Corte del 22 ottobre 1975 in causa n. 109/75, *National Carbonising c. Commissione*, in *Raccolta*, 1975, p. 1193 e poi in seguito si sono espressi nello stesso senso numerosi provvedimenti sia della Corte (ad es. ordinanza del 17 gennaio 1980 in causa n. 792/79, *Camera Care*, in *Raccolta*, 1980, p. 119, ordinanza del 28 febbraio 1984 in cause riunite n. 228 e n. 229/82, *Ford*, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, 119), sia del Tribunale di primo grado (14 dicembre 1993 in causa n. T-543/93, *Gestevisión Telecinco c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, II, p. 1409).

⁶⁰ Si tratta del secondo progetto del pacchetto di sei progetti di comunicazione della Commissione pubblicati in *Gu-Ue* n. C 243 del 10 ottobre 2003. In corso di stampa sono state pubblicate le Comunicazioni nel testo definitivo in *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004.

Così il punto 12, ripetendo i *dictat* di cui all'art. 16 del nuovo regolamento (le giurisdizioni nazionali - e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri - non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione; le giurisdizioni nazionali devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati) stabilisce le modalità operative di simili previsioni.

Ai fini indicati la giurisdizione nazionale può chiedere alla Commissione se abbia avviato un procedimento riguardante i medesimi accordi, decisioni o pratiche e, in caso affermativo, di informarla sull'andamento del procedimento e sulla probabilità che venga adottata una decisione in merito al caso in questione.

Secondo le indicazioni già fornite dalla giurisprudenza comunitaria⁶¹ e recepite nell'art. 16 del regolamento è detto che «la giurisdizione nazionale può anche, nell'interesse della certezza del diritto, prendere in considerazione la possibilità di sospendere il proprio procedimento finché la Commissione non abbia adottato una decisione». Il Progetto della Comunicazione prosegue garantendo l'impegno della Commissione di dare la precedenza ai casi per i quali abbia deciso di avviare un procedimento e che siano oggetto di procedimenti nazionali rimasti sospesi «soprattutto quando ne dipenda l'esito di una controversia civile». Tale ultima affermazione fa pensare che la c.d. corsia preferenziale sia assicurata più ai casi di sospensione delle azioni di nullità e di risarcimento dei danni pendenti davanti ai giudici nazionali ordinari, piuttosto che a quelli pendenti davanti ai giudici che siano competenti in sede di ricorso avverso provvedimenti adottati dalle autorità garanti (nel sistema italiano il TAR Lazio ed il Consiglio di Stato), con un'evidente posizione di maggior attenzione per i diritti soggettivi dei privati, anziché per la definitività dei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM.

Nel loro complesso le indicazioni contenute nel punto 12 del Progetto tendono a chiarire il concetto di «decisione contemplata dalla Commissione», di cui all'art. 16 del regolamento, dovendosi per tale intendere la decisione di eventuale futura adozione da parte della Commissione nell'ambito di un procedimento già avviato (da notare che il punto 12 in esame parla di richiesta di informazioni «sulla probabilità che venga adottata una decisione in merito al caso in questione»).

Tuttavia, la lettura del punto 12 convince di una certa più mitigata propensione della Comunicazione (rispetto al regolamento ed alle indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia) nei confronti della sospensione del procedimento davanti al giudice nazionale. Ed infatti, mentre l'art. 16 del regolamento prevede che «le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia

⁶¹ Vedi la sentenza del 28 febbraio 1991 in causa n. C-234/89, *Delimitis*, cit. *supra*, nota 45, p. 935, punto 47 e più di recente la sentenza del 14 dicembre 2000 in causa n. C-344/98, *Masterfoods c. HB Ice Cream*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 11369, punto 51.

necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati» (per il nostro diritto interno sarebbe più esatto dire «davanti ad esse avviati») il Progetto di Comunicazione, come già si è detto, più genericamente indica: «La giurisdizione nazionale può anche, nell'interesse della certezza del diritto, prendere in considerazione la possibilità di sospendere il proprio procedimento finché la Commissione non abbia adottato una decisione».

Più significativamente poi invita le giurisdizioni nazionali a non sospendere e addirittura a decidere nella causa pendente, alla duplice condizione che detta giurisdizione nazionale «non abbia motivi ragionevoli per dubitare del tenore della decisione contemplata dalla Commissione o quando la Commissione ha già adottato una decisione su un caso analogo» e purché si pronunci «conformemente alla decisione contemplata o anteriore».

È evidente il rischio insito in una simile previsione, rimessa al prudente apprezzamento del giudice nazionale, il quale non può certo pronosticare con assoluta certezza il contenuto della futura decisione che andrà ad assumere la Commissione, essendo sempre valido il rilievo che nessuna fattispecie è uguale all'altra e potendosi sempre dare il caso che una mutata situazione del mercato induca la Commissione a rivedere le proprie precedenti posizioni.

Non è dato sapere quale sorte potrebbe avere la decisione nazionale, laddove il giudice sbagliasse il pronostico o comunque decidesse in termini contrastanti rispetto alla decisione della Commissione, salvi naturalmente i gradi di impugnazione che fossero ancora percorribili nell'ambito dell'ordinamento interno.

Il punto 13 del Progetto di Comunicazione, tuttavia, nel ribadire che la giurisdizione nazionale non può prendere una decisione in contrasto con quella della Commissione, precisa che «l'effetto vincolante della decisione della Commissione non ipoteca ovviamente l'interpretazione del diritto comunitario da parte della Corte di giustizia». In termini chiari è detto che se una giurisdizione nazionale vuole pronunciarsi in modo contrastante rispetto alla decisione della Commissione, deve sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE. In tal caso ed in ogni altro caso in cui la decisione della Commissione sia oggetto di un ricorso ad un organo giurisdizionale comunitario ai sensi dell'art. 230 CE, ove l'esito della controversia dinanzi alla giurisdizione nazionale dipenda dalla validità della decisione della Commissione, detta giurisdizione dovrebbe sospendere il procedimento.

Laddove il giudice nazionale sospenda il procedimento avanti a sé sia per attendere una decisione della Commissione, sia per attendere la pronuncia definitiva sul ricorso di annullamento o su una questione pregiudiziale rimessa alla Corte di giustizia, tale giudice è tenuto (così esattamente il punto 14 del Progetto di Comunicazione) a valutare se sia necessario disporre misure provvisorie per la salvaguardia degli interessi delle parti.

Tali indicazioni recepiscono quanto affermato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Delimitis* e *Masterfoods*, sulle quali si tornerà in seguito.

A proposito dell'adozione delle misure provvisorie vale la pena di osservare

che nel nostro ordinamento il giudice non può adottare simili provvedimenti (si suppone si tratti di misure cautelari e conservative) se non su istanza di parte, mentre il suggerimento della Comunicazione e già prima della giurisprudenza comunitaria induce a pensare all'adozione di simili misure ad iniziativa d'ufficio.

In ogni caso per questa e per le altre fattispecie in cui le indicazioni del regolamento e della Comunicazione (sia quella precedente del 1993, sia il progetto di comunicazione in esame) sembrano non trovare una corrispondenza nell'ordinamento interno (si pensi ad esempio ai limiti previsti per la sospensione del giudizio civile ordinario dall'art. 295 c.p.c.), soccorre l'indicazione che le giurisdizioni nazionali, posto il principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, devono prescindere dalle disposizioni nazionali che impediscono loro di rispettare gli obblighi imposti dal diritto comunitario o di ricorrere agli ausili offerti dal diritto comunitario (punto 9 del Progetto di Comunicazione).

In materia procedurale si applicano le disposizioni nazionali (come pure in materia sanzionatoria, punto 10 del Progetto di Comunicazione), ancorché sia prescritto che le disposizioni nazionali debbano essere compatibili con i principi generali del diritto comunitario.

In particolare è prescritto che le norme procedurali e le sanzioni che le giurisdizioni nazionali applicano per attuare il diritto comunitario non devono rendere tale attuazione eccessivamente difficile o praticamente impossibile (principio di efficacia) e non siano meno favorevoli delle disposizioni applicabili in sede di applicazione di disposizioni equivalenti di diritto nazionale (principio di equivalenza)⁶².

Si deve poi ricordare la possibilità di chiedere il parere della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, secondo la previsione di cui all'art. 15 del regolamento, tema sul quale si tornerà in seguito.

9. La cooperazione fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza

Da quanto sopra rilevato a proposito del regolamento n. 17/62⁶³ discende che, oltre i giudici nazionali, competenti all'applicazione diretta degli artt. 85 e 86 del Trattato sono le autorità garanti nazionali. Questo potere deriva, per

⁶² Vedi sul punto sentenze *Rewe* del 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *cit. supra*, nota 49, punti 5 e 44; *Edis* del 15 settembre 1998 in causa n. C-231/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4951, punti 36 e 37.

⁶³ L'art. 9.3 del regolamento n. 17/62, sotto la rubrica «competenza», stabiliva: «Fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli artt. 2, 3 o 6, le Autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'art. 85, par. 1 e dell'art. 86, in conformità con l'art. 88 del Trattato, anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'art. 5, par. 1 e nell'art. 7, par. 2». In ottemperanza a tale disposizione l'art. 1, comma 3, della legge nazionale *antitrust*, legge 10 ottobre 1990 n. 287, stabilisce: «Per le fattispecie in relazione alle quali risulti già iniziata una procedura presso la Commissione delle Comunità europee, in base alle norme richiamate nel comma 1 (artt. 65 e/o 66 Trattato CECA, artt. 85 e/o 86 Trattato CE, regolamenti o atti comunitari di efficacia equiparata), l'Autorità sospende l'istruttoria, salvo che per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale».

quanto riguarda l'ordinamento comunitario, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁴ e dalla Comunicazione della Commissione del 15 ottobre 1997⁶⁵; per quanto riguarda l'adeguamento del diritto interno, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana⁶⁶ e dalla legge comunitaria del 1994⁶⁷.

Quest'ultima, infatti, quale quinta applicazione della legge "La Pergola"⁶⁸, all'art. 54 («Cooperazione con la Commissione delle Comunità europee in materia di concorrenza»), nell'ambito del Titolo II, Capo IX «Relazioni con la Comunità»), ha attribuito specifiche competenze all'autorità nazionale della concorrenza, nell'intento di dare migliore attuazione al decentramento nell'applicazione degli artt. 85.1 e 86 del Trattato, secondo le indicazioni della consolidata giurisprudenza comunitaria⁶⁹, in armonia con il principio di sussidiarietà di cui già si è detto.

⁶⁴ Cfr. sentenze 6 aprile 1962 in causa n. 13/61, *Bosch*, cit. supra, nota 42; 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *Van Gend & Loos*, cit. supra, nota 16; 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. Enel*, cit. supra, nota 17; 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, cit. supra, nota 21; 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *Fratelli Costanzo s.p.a. c. Comune di Milano*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 e in questa *Rivista*, 1989, p. 607. Tale ultima sentenza ha più specificamente precisato che «esattamente come il giudice nazionale, la pubblica amministrazione (...) ha l'obbligo di applicare» le disposizioni di diritto comunitario aventi efficacia diretta. In dottrina cfr. CARANTA, *Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Foro amm.*, 1990, p. 1371; ID., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, Jovene, 1992, p. 449; MARZONA, *Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno-diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1991, p. 435; PORCHIA, *L'applicazione degli artt. 85-86 del Trattato CE da parte dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 839. Per un ampio esame del tema più generale dell'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani vedi GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1998, parte generale, p. 555 ss.

⁶⁵ Comunicazione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli artt. 85 e 86 del Trattato CE, in *Guce* n. C 313 del 15 gennaio 1997, p. 3.

⁶⁶ Cfr. sentenza 4-11 luglio 1989 n. 328, in *Guri* 26 luglio 1989 e *Giur. it.*, 1991, p. 524 e come nota alla stessa CAPELLI, *In tema di adeguamento della legislazione interna alla normativa comunitaria*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1058. La Commissione si era espressa in tal senso fin dalla Prima Relazione nel 1958, v. p. 65.

⁶⁷ Legge 6 febbraio 1996 n. 52, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1994, in *Guri* n. 34 del 10 febbraio 1989, *suppl. ord.*; cfr. per un commento sul punto DI PIETRO, *Prime considerazioni sulle nuove competenze dell'antitrust nazionale attribuite dalla legge comunitaria per il 1994*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 496.

⁶⁸ Legge 9 marzo 1989 n. 86, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, in *Guri* n. 58 del 10 marzo 1989.

⁶⁹ Cfr. la giurisprudenza già citata; vedi, inoltre, Gruppo di Lavoro degli Stati membri-Commissione delle Comunità europee sull'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE, *Projet de rapport final sur l'application décentralisée des articles 85 et 86*, Bruxelles, 1994; DUBOIS, *Les nouvelles propositions de la Commission Européenne concernant l'application du droit communautaire de la concurrence par les Autorités nationales*, intervento al convegno di Treviso, 5-6 maggio 1995, «Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario», p. 4 del testo dattiloscritto; gli Atti del convegno sono pubblicati da Giuffrè, Milano, 1996.

L'articolo in esame al primo comma attribuisce all'autorità garante, nell'applicazione dei Regolamenti Cee n. 17/62, n. 1017/68, n. 4056/86, n. 3975/87 e n. 4064/89⁷⁰, la competenza a provvedere:

a. all'esecuzione degli accertamenti richiesti dalla Commissione delle Comunità europee;

b. all'assistenza da prestare agli agenti della Commissione in relazione all'assolvimento dei loro compiti e all'esecuzione di accertamenti nel territorio dello Stato.

Il secondo comma della stessa norma prevede che «per l'assolvimento dell'incarico di cui al comma 1, da espletare con le modalità previste dalla normativa comunitaria, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato dispone dei poteri istruttori di cui all'art. 14, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287». Infine, il terzo comma dispone che gli esiti degli accertamenti eseguiti siano destinati esclusivamente alla Commissione Cee e che non possano essere utilizzati ad altri fini.

L'art. 54, inoltre, introduce la collaborazione dei militari della Guardia di Finanza e conclude⁷¹ dando piena efficacia al decentramento nell'applicazione delle regole comunitarie in materia di intese e di abuso di posizione dominante, espressamente disponendo che «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in quanto autorità nazionale competente in materia di concorrenza, applica (...) gli articoli 85, paragrafo 1 ed 86 del Trattato (...) utilizzando i poteri ed agendo secondo le procedure previste dal Titolo II, Capo II della medesima legge n. 287 del 1990. L'autorità informa la Commissione delle Comunità europee e sospende lo svolgimento del procedimento qualora la Commissione inizi, con riguardo alla medesima fattispecie, una procedura a norma dei regolamenti comunitari».

Il medesimo quinto comma fa salvi i limiti alla competenza dell'Autorità garante di cui all'art. 20 della legge n. 287/90, cosicché l'applicazione decentrata spetterà per i settori di rispettiva competenza anche al Garante per la radiodiffusione e per l'editoria ed alla Banca d'Italia.

I principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria hanno costituito la base di elaborazione della Comunicazione 15 ottobre 1997 (97/C 313/03) in tema di cooperazione fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

La Comunicazione aveva l'intento di fare chiarezza circa i diversi ruoli svolti nella politica della concorrenza dalla Comunità e dagli Stati membri (punto 1), precisando che mentre la prima è competente solo per l'applicazione delle regole comunitarie, gli Stati, oltre ad applicare la legislazione nazio-

⁷⁰ Il primo *cit. supra*, nota 41; il secondo del 19 luglio 1968, in *Guce* n. L 175 del 23 luglio 1968; il terzo del 22 dicembre 1986, in *Guce* n. L 378 del 31 dicembre 1986; il quarto del 14 dicembre 1987, in *Guce* n. L 374 del 31 dicembre 1987, l'ultimo *cit. supra*, nota 34.

⁷¹ Art. 54, quinto comma.

nale, partecipano anche all'applicazione degli artt. 85 e 86 (ora 81 e 82), e ciò nell'ottica di una migliore ripartizione dei compiti e dell'adozione di decisioni a un livello quanto più vicino possibile ai cittadini («applicazione decentrata», punto 2). La Comunicazione ribadiva che compito dei giudici nazionali, nell'agire conformemente ai principi elaborati nella giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, era la salvaguardia dei diritti soggettivi dei singoli nei rapporti che intercorrono tra loro (punto 3), mentre la Commissione e le autorità garanti della concorrenza avevano entrambe il dovere di agire nell'interesse pubblico (punto 4).

Quanto al rapporto tra Commissione ed autorità della concorrenza degli Stati membri, ribadito che la competenza per dichiarare inapplicabili ai sensi dell'art. 85.3, del Trattato, le disposizioni dell'art. 85.1, spettava esclusivamente alla Commissione (punti 5, 23, 26, 30, 31)⁷², era indicato che competeva anche alle autorità nazionali l'applicazione degli artt. 85.1 e 86. Venivano dettate una serie di regole per la ripartizione dei compiti, articolate in relazione ad ogni possibile ipotesi di conflitto tra organi comunitari e nazionali. Riassuntivamente, al punto 40 era detto che per stabilire se un caso dovesse essere trattato dalla Commissione o da un'autorità nazionale, «si dovrà tener conto degli elementi di valutazione enunciati ai punti 23-26, in particolare per quanto riguarda l'ambito territoriale degli effetti dell'intesa o della posizione dominante (punti 27 e 28)». Esaminando detti criteri appare importante rilevare che gli orientamenti per la ripartizione dei compiti si fondano sul principio che per avere rilevanza comunitaria il comportamento di cui trattasi debba incidere sensibilmente sugli scambi fra Stati membri (punto 23), mentre le autorità nazionali si occupano delle restrizioni della concorrenza i cui effetti si producano essenzialmente nel territorio dello Stato membro cui l'autorità stessa appartenga, e ciò in particolare a fronte di accordi, decisioni e pratiche concordate, cui partecipano solo imprese di un unico Stato membro e che, pur non riguardando l'importazione o l'esportazione tra Stati membri, possano tuttavia incidere sugli scambi intracomunitari (punto 24); in linea di principio le autorità nazionali si occupano dei casi che producono effetti essenzialmente sul loro territorio e che, presumibilmente, alla luce di un esame preliminare, non soddisfino le condizioni per l'applicazione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85.3.

In ogni caso la Commissione si riservava, già in base alla Comunicazione del 1997, il diritto di trattare alcuni casi che presentassero un interesse particolare per la Comunità (punti 26 e 33), e cioè i casi che sollevassero un pro-

⁷² Si è già detto che il potere di concedere esenzioni spetta, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento, alla Commissione, quale unico organo funzionalmente competente; tale potere costituisce un limite per tutte le autorità nazionali, e non solo per quelle amministrative preposte alla concorrenza. Va anche precisato che il potere della Commissione si esercitava sulle esenzioni individuali, mentre le esenzioni per categoria rimangono disciplinate da appositi regolamenti. Competeva alla Commissione, sempre in via esclusiva, anche il potere di revoca di un'esenzione già accordata.

blema giuridico nuovo (punto 34), indipendentemente dall'importanza economica del caso (punto 35), ovvero allorché si trattasse di presunte pratiche anticoncorrenziali di un'impresa pubblica, di un'impresa cui uno Stato membro abbia concesso diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'art. 90.1, Trattato di un'impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi natura di monopolio fiscale ai sensi del citato art. 90.2 (punto 36).

Era altresì già indicato che le autorità nazionali potessero applicare gli artt. 85 e 86 del Trattato «eventualmente in combinazione con le proprie norme interne in materia di concorrenza» (punto 15); laddove invece ai casi in esame fosse applicabile esclusivamente il diritto interno, l'applicazione di questo non doveva pregiudicare l'uniforme applicazione, nell'intero mercato comune, delle norme comunitarie sulle intese ed il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse⁷³; la soluzione data ad un caso rientrante nell'ambito del diritto comunitario deve essere compatibile con quest'ultimo e non possono essere adottate misure tali da eliminare l'effetto utile degli artt. 85 e 86, secondo il principio del primato del diritto comunitario⁷⁴ e del principio di leale collaborazione, sancito dall'art. 5 del Trattato⁷⁵.

Seguendo un indirizzo giurisprudenziale già affermato⁷⁶, la Commissione si riservava il diritto di respingere una denuncia che non presentasse un interesse comunitario sufficiente a giustificare l'adozione di misure comunitarie (punti 41-43), ponendo espressamente in relazione questo diritto con la competenza concorrente dei giudici e delle autorità garanti degli Stati membri, nell'applicazione degli artt. 85.1 e 86, ed anzi subordinando il potere della Commissione di respingere la denuncia alla condizione che i giudici potessero in sede nazionale salvaguardare in maniera soddisfacente i diritti del denunciante.

Anche nella Comunicazione in esame ci si preoccupava di sottolineare che, nel caso in cui la Direzione generale della concorrenza si fosse limitata ad inviare le cosiddette «*comfort letter*», le autorità nazionali, sul cui territorio l'accordo o la pratica producesse i suoi effetti, avrebbero potuto intervenire, potendosi fare ricorso al diritto nazionale, eventualmente più rigoroso di quello comunitario.

⁷³ Sentenza del 13 febbraio 1969 in causa n. 14/68, *Wilhelm c. Bundeskartellamt*, cit. supra, nota 37.

⁷⁴ V. la già citata sentenza *Wilhelm*, loc. cit. e la sentenza *Ahmed Saeed Flugreisen*, in causa n. 66/86, in *Raccolta*, 1989, p. 803.

⁷⁵ Causa n. C-165/91, *Van Munster c. Rijksdienst*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4661.

⁷⁶ Giurisprudenza elaborata dal Tribunale di primo grado, sentenze del 18 settembre 1992 in causa n. T-24/90, *Automec c. Commissione (Automec II)*, cit. supra, nota 45, punto 85 della motivazione; del 24 gennaio 1995 in causa n. T-114/92, *Benim c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 178, punto 80 della motivazione; del 15 gennaio 1997 in causa n. T-77/95, *SFEI c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 1, punti 29 e 55 della motivazione.

Era precisato inoltre che i casi di cui la Commissione si occupava potevano avere una triplice origine: procedimenti d'ufficio, notifiche e denunce.

Nel primo e nel secondo caso (esenzioni individuali, a seguito di notifiche ai sensi dell'art. 4, par. 1, del regolamento n. 17/62, ovvero revoca di un'esenzione) era esclusa la possibilità di un trattamento decentralizzato da parte delle autorità garanti nazionali, che avrebbero potuto invece occuparsi di propria iniziativa o su richiesta della Commissione di denunce basate sugli artt. 85.1 e 86.

Laddove la Commissione fosse stata già investita di una denuncia che riguardava un accordo o una pratica che esplicasse i suoi effetti essenzialmente nell'ambito di uno Stato membro, la stessa Commissione avrebbe chiesto all'autorità garante di quello Stato se intendeva istruire la denuncia e pronunciarsi in merito. In caso affermativo, chiusa la procedura davanti alla Commissione, questa metteva a disposizione dell'autorità nazionale i documenti pertinenti in suo possesso (punto 46).

Per il diverso caso in cui fosse stata investita per prima l'autorità nazionale (parte IV, punti 48-63), si auspicava che, ove si trattasse di casi esaminati in applicazione del diritto comunitario, le autorità nazionali avrebbero informato la Commissione, affinché questa potesse diffondere l'informazione presso le altre autorità nazionali.

Era così già evidente l'intento di creare una rete fra Commissione ed autorità nazionali nel cui ambito le stesse potessero cooperare in modo serrato.

Va rilevato come la nostra legge nazionale in materia *antitrust*, n. 287/1990, avendo recepito le indicazioni che già all'epoca scaturivano dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è già in linea con i principi ricordati (art. 1). A norma del primo comma dell'art. 1, l'ambito di applicazione della legge n. 287 è limitato alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni che non ricadano nell'ambito di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato. La Comunicazione 15 ottobre 1997 invitava le autorità garanti nazionali a fare applicazione di detti articoli quando gli effetti dell'intesa o della pratica fossero limitati al mercato nazionale (nel senso indicato al punto 28). Quindi, l'autorità nazionale era chiamata ad esercitare un doppio compito: di applicazione delle norme nazionali *antitrust*, in forza dei poteri ad essa conferiti dalla legge n. 287, e di applicazione diretta degli artt. 85 e 86 del Trattato, in forza delle indicazioni e nell'ambito dei limiti di cui alla Comunicazione del Consiglio sopra indicata.

Non senza considerare che il terzo comma dell'art. 1 della legge n. 287 impone all'Autorità garante nazionale di sospendere l'istruttoria nel caso in cui risulti già iniziata una procedura presso la Commissione; è questa l'indicazione fornita anche dalla Comunicazione del 15 ottobre 1997 (punto 53), ancorché con alcune peculiarità.

Bisogna, inoltre, ricordare per quanto riguarda la posizione della Autorità garante italiana che l'ultima parte dell'indicato terzo comma dell'art. 1 della

legge n. 287 fa salva la sua competenza ed il suo potere di procedere, limitatamente agli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale. In tal caso, l'Autorità garante può avvalersi dell'ulteriore indicazione scaturente dalla Comunicazione della Commissione (ultima parte del punto 53) che propone una preventiva consultazione con la Commissione stessa, che preceda l'adozione della decisione nazionale.

Conclusivamente può dirsi che l'Autorità nazionale avrebbe potuto nel vigore del regolamento n. 17/62 e della Comunicazione del 1997 procedere a trattare i casi che avessero prodotto effetti essenzialmente sul territorio nazionale (anche su richiesta o per notizia ricevutane dalla Commissione, secondo la previsione di cui al punto 46 della Comunicazione, di cui prima si è detto), mentre per quelli di rilevanza intracomunitaria, avrebbe dovuto informarne la Commissione, limitandosi a provvedere per gli aspetti di rilevanza nazionale.

10. Il ruolo assegnato alle giurisdizioni e alle autorità nazionali

Esaminando i problemi riguardanti il ruolo assegnato ai giudici nazionali può subito rilevarsi che il regolamento, giustamente, non si fa carico di definire i poteri riservati ai giudici dei Paesi membri in materia di concorrenza, essendo le indicazioni della Corte di giustizia chiare e consolidate nel lasciare tale problema alle scelte attuate dal diritto interno dei singoli Stati.

Trattando i problemi della cooperazione con i giudici nazionali il regolamento non distingue fra giudici amministrativi e giudici ordinari, essendo dato acquisito che in molti Paesi, fra cui l'Italia, la materia è trattata dagli uni e dagli altri, con competenze diverse (per la revisione delle decisioni delle autorità garanti, i giudici amministrativi; per le azioni di nullità e di risarcimento, i giudici ordinari)⁷⁷.

Il testo del regolamento e, prima, la relazione alla Proposta di riforma tracciano tuttavia alcune linee direttrici, che inducono a pensare che queste siano rivolte in particolare ai giudici che trattano gli affari civili: 1. l'indicazione secondo la quale il ruolo assegnato ai giudici nazionali è quello di tutelare i diritti soggettivi, laddove le autorità garanti e la Commissione agiscono nel pubblico interesse; 2. è espressamente previsto che i giudici nazionali possano accordare risarcimenti dei danni conseguenti a violazioni delle regole della concorrenza ed ordinare l'esecuzione o la non esecuzione dei contratti; 3. l'art. 6 indica le giurisdizioni nazionali come competenti ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato.

⁷⁷ La Corte di giustizia aveva dato atto della distinzione già con la sentenza del 30 gennaio 1974 in causa n. 127/73, *BRT c. Sabam*, cit. *supra*, nota 42, p. 51, in relazione all'art. 9.3 del regolamento n. 17/1962.

Il meccanismo del decentramento impone la regola della esclusione della sovrapposibilità delle indagini. È così stabilito (art. 13) che ove un'autorità nazionale stia già esaminando una denuncia o stia già svolgendo un procedimento d'ufficio riguardo ad un dato accordo, ad una data decisione di associazione o a una data pratica, le altre autorità possano (o debbano?) sospendere il procedimento o respingere una denuncia riguardante lo stesso caso.

L'espressione utilizzata «il fatto che l'autorità garante della concorrenza stia esaminando il caso costituisce, per le altre autorità, un motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere la denuncia», fa pensare più ad un obbligo che ad una semplice facoltà.

Il secondo paragrafo dello stesso art. 13 prevede, per il caso di esame, che, ove la Commissione o l'autorità di uno Stato membro agiscano su denuncia, detta denuncia possa essere respinta. Si tratta tuttavia di una facoltà (la disposizione si esprime con un «può») e non di un obbligo.

Questo sistema crea ovviamente difficoltà di coordinamento al fine di garantire che i poteri paralleli, così creati, possano assicurare un adeguato livello di certezza legale.

Per quanto riguarda la giurisdizione competente, il meccanismo si potrà confrontare con i criteri indicati dal recente regolamento n. 44/2001⁷⁸, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, al fine di individuare il giudice competente a trattare il singolo caso.

Detto regolamento si fonda sui medesimi principi ispiratori della Proposta di revisione del regolamento n. 17/1962, principi che possono essere così sintetizzati: decentralizzazione, reciproca fiducia, cooperazione.

Anche il regolamento n. 44, al pari del regolamento in materia di concorrenza, aspira a creare uno stretto collegamento tra l'organo giurisdizionale e la controversia, al fine di agevolare la buona amministrazione della giustizia.

Il criterio centrale è quello della competenza del giudice del domicilio del convenuto, valido in ogni ipotesi, salvo che per alcune competenze speciali previste in via esclusiva o alternativa. Fra queste, l'art. 5, par. 1, n. 3, prevede che in materia di illeciti civili, delittuosi o colposi, la persona domiciliata nel territorio di uno Stato può essere convenuta (oltre che davanti al giudice del proprio domicilio, secondo il criterio generale) davanti al giudice di altro Stato, e precisamente davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire.

⁷⁸ Regolamento del 22 dicembre 2000, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1, entrato in vigore il 1° marzo 2002. Come è già stato detto il regolamento sostituisce fra i Paesi della Comunità la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968. In argomento v. V. SIANI, *Il regolamento Ce n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle sentenze* - Parte Prima: La cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (Ce) n. 44/2001, in questa *Rivista*, 2003, p. 451 e Parte Seconda: *Riconoscimento ed esecutività delle sentenze e degli atti stranieri*, p. 653.

I rapporti fra i diversi giudici sono disciplinati dagli artt. 27-30 del regolamento n. 44, essendo stabilito che in caso di litispendenza (domande aventi il medesimo oggetto ed il medesimo titolo, art. 27) il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento, finché sia accertata la competenza del giudice adito in precedenza. A fronte di cause connesse, invece, sussiste solo la possibilità di sospensione da parte del giudice successivamente adito (art. 28.1). Lo stesso art. 28 definisce come «connesse» quelle cause che hanno «tra di loro un legame così stretto da rendere opportune una trattazione e decisione uniche per evitare soluzioni tra di loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente».

Nella materia della concorrenza la scelta indicata di una semplice possibilità di sospensione, e non di un obbligo, non varrebbe a risolvere il rischio di decisioni confliggenti.

La norma consente – sempre a scelta discrezionale del giudice – che, ove le cause siano tutte pendenti in primo grado, il giudice successivamente adito possa dichiarare la propria incompetenza su richiesta di una delle parti, purché il giudice preventivamente adito sia competente a conoscere delle ulteriori domande proposte e la sua legge consenta la riunione dei procedimenti.

La soluzione è diversa nelle ipotesi di cause rimesse alla competenza esclusiva di un giudice (ipotesi indicate dall'art. 22 del regolamento n. 44); in tali casi il giudice successivamente adito è obbligato a rimettere la causa a quello adito in precedenza (art. 29).

Si deve tuttavia considerare che la materia della concorrenza (diversamente, ad esempio, da quella della proprietà industriale, n. 4 dell'art. 22) non è elencata fra i casi di competenza esclusiva. Potrebbe esserlo solo ove le parti, in ipotesi, avessero espressamente convenuto una competenza esclusiva, secondo le forme indicate dall'art. 23 del medesimo regolamento.

Il meccanismo previsto dal regolamento n. 44 non fornisce quindi delle soluzioni sicure per i problemi che si delineano nell'applicazione decentrata in materia di concorrenza.

Dà invece ampio spazio alla libera circolazione delle decisioni assunte da un giudice nazionale nell'ambito degli altri Stati membri, mediante un sistema semplice e rapido di riconoscimento automatico, senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento e senza che la decisione straniera possa formare oggetto di un riesame nel merito, rendendo solo eventuale e differita la opposizione da parte del soggetto interessato. La possibilità di un conflitto tra diversi giudizi è contemplata appunto fra le ipotesi in cui può essere proposto ricorso avverso il riconoscimento (artt. 43 e 34). Si può, infatti, presentare ricorso, fra l'altro, allorché la decisione sia in contrasto con altra emessa precedentemente tra le medesime parti in un altro Stato membro o in un Paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto ed il medesimo titolo, purché tale decisione presenti le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto.

Può concludersi che neppure il regolamento n. 44 si fa carico di risolvere il problema del conflitto fra giudicati, se non nei limiti di cui si è detto, con modalità in ogni caso rimesse all'iniziativa dell'interessato.

Nessuna indicazione si può, quindi, trarre dal regolamento n. 44 al fine di regolare, nella materia della concorrenza, la competenza fra autorità garanti nazionali, o fra queste e la Commissione, o fra quest'ultima e le corti nazionali.

11. Il coordinamento della Commissione

Un punto cruciale della Proposta di regolamento concerneva la cooperazione della Commissione con le autorità e giurisdizioni nazionali, cui era dedicato il capo IV. Il testo della Proposta è stato recepito nel regolamento, risultando così fornite indicazioni circa una «stretta collaborazione» fra la Commissione e le autorità garanti degli Stati membri (art. 11), da attuarsi tramite reciproco invio di informazioni. In particolare l'autorità garante nazionale è chiamata a consultare la Commissione preliminarmente (al più tardi trenta giorni prima dell'adozione della decisione), ove voglia ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria.

Può consultare la Commissione su qualsiasi altro caso d'applicazione del diritto comunitario.

La Commissione si propone di svolgere il ruolo di *amicus curiae*⁷⁹.

È confermata la regola già esistente anche per il nostro diritto interno (art. 1, c. 3, legge n. 287/1990), secondo la quale l'avvio di un procedimento da parte della Commissione priva le autorità garanti nazionali della competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato. Tuttavia si deve registrare una certa disomogeneità della legge nazionale, rispetto all'indicazione della Commissione, posto che la legge n. 287 prevede solo una sospensione e fa salva comunque la competenza dell'AGCM «per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale». Il concetto di sospensione induce a ritenere che, dopo la decisione della Commissione, il procedimento davanti all'autorità nazionale riprenda il suo corso ed abbia una sua autonoma conclusione.

Fra la Commissione e le autorità garanti degli Stati membri sono, inoltre, previsti scambi di informazioni, comprese informazioni riservate, anche in deroga a qualsiasi contraria disposizione nazionale, da utilizzare solo ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Mentre il testo originario della Proposta prevedeva il limite che sulla base di dette informazioni avrebbero potuto essere comminate unicamente sanzioni di carattere pecu-

⁷⁹ Vedi BERGAMINI, *L'intervento amicus curiae: recenti evoluzioni di uno strumento di common law fra Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa Rivista, 2003, p. 181.

niario, il testo attuale del par. 2 dell'art. 12 amplia genericamente l'utilizzo di dette informazioni come mezzo di prova ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82, limitatamente all'oggetto dell'indagine per le quali sono state raccolte; dispone inoltre che dette informazioni possano essere utilizzate anche per la parallela applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza. Il limite all'utilizzo per le sole sanzioni di carattere pecuniario è rimasto per le persone fisiche ed a certe condizioni (art. 12, par. 3).

A tale riguardo va ricordato che il *considerando* 9 del regolamento prevede che lo stesso non osta a che gli Stati membri applichino nei rispettivi territori una legislazione nazionale che tuteli altri legittimi interessi, a condizione che essa sia compatibile con i principi generali e con le altre disposizioni del diritto comunitario.

La relazione introduttiva alla Proposta del regolamento sull'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, indicava che «Il punto centrale della Proposta è che la Commissione e le autorità garanti nazionali possano formare un *network* e lavorare in stretta collaborazione nell'applicazione degli articoli 81 e 82».

Analoga proposizione si trova nel *considerando* 15 del regolamento.

Il metodo proposto per organizzare simile *network* prevede lo scambio di informazioni, incluse le informazioni riservate, e l'assistenza, al fine di assicurare un'efficace trattazione dei casi, basata sul principio che ogni singolo caso debba essere trattato dall'autorità di miglior collocazione.

Tale proposito appare di non semplice attuazione e porterà sicuramente a possibili confusioni. L'affermazione che il caso possa essere presentato davanti alla giurisdizione più idonea non è del tutto chiara, e non vale ad evitare che lo stesso caso possa essere presentato davanti alle autorità di due o più Stati.

In Italia già sussiste il rischio che decisioni diverse possano essere assunte sul medesimo caso da organi differenti: i giudici ordinari (Tribunali e Corti d'appello, con competenze concorrenti, e in ultimo grado la Corte di cassazione), l'AGCM, infine i giudici amministrativi (Tribunale amministrativo regionale del Lazio, e in secondo grado il Consiglio di Stato).

Il *network* proposto fra la Commissione e le autorità garanti nazionali (art. 11) sembra riguardare anche i giudici nazionali, per i quali del resto permane anche la possibilità di rivolgersi con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ce (art. 234 Trattato), mentre l'art. 15 stabilisce il diritto per i giudici nazionali di ottenere dalla Commissione le informazioni in suo possesso o i suoi pareri al fine di applicare gli artt. 81 e 82.

Come ribadito dal Commissario alla Concorrenza, Mario Monti⁸⁰, nei confronti delle giurisdizioni nazionali «la proposta porta l'art. 81 in linea con

⁸⁰ Cfr. il discorso alla Commissione affari economici e monetari del Parlamento europeo e nelle relazioni tenute presso l'Academy of European Law di Treviri, nel novembre 2000, e presso l'Istituto Universitario Europeo di Firenze, nel luglio 2001.

altre aree della legge dove i giudici nazionali giocano un ruolo essenziale nella applicazione, sempre e comunque sotto il controllo e la supervisione della Corte di giustizia. Le regole della concorrenza comunitarie attribuiscono diritti individuali che possono essere efficacemente protetti solo dai giudici e non dalle autorità garanti»; ed ancora: «Riguardo alle Autorità nazionali, esse saranno parte di un *network* nel quale la Commissione sarà *primus inter pares* ed assicurerà l'uniforme applicazione del diritto comunitario. Non ci sarà spazio in questo sistema per rendere gli interessi nazionali prevalenti sull'interesse comunitario».

12. Le ragioni delle soluzioni adottate

Perché è stata attuata la scelta di non attribuire un potere di esenzione direttamente alle autorità nazionali?

La Commissione aveva considerato una simile alternativa prima di emanare il Libro Bianco. Con questa opzione le autorizzazioni avrebbero dovuto essere richieste all'autorità garanti nazionali, piuttosto che alla Commissione, e dette autorità avrebbero assunto la decisione di concedere l'esenzione.

Questa possibilità fu esclusa per il dichiarato motivo che la riforma intendeva superare il sistema centrale delle autorizzazioni, in quanto elemento di ostacolo al meccanismo dell'*enforcement*. Il Libro Bianco aveva spiegato le ragioni per le quali il sistema delle autorizzazioni e delle notifiche non appariva più efficace. Nell'esperienza concreta, alcuni casi più seri di restrizioni non erano stati notificati ed in 35 anni la Commissione aveva proibito solo 9 accordi fra quelli comunicati. La decentralizzazione di un sistema analogo non avrebbe fatto altro che trasferire la medesima inefficienza dalla Commissione alle autorità garanti degli Stati membri.

Secondariamente, mantenere il sistema delle autorizzazioni avrebbe contribuito ad escludere le corti nazionali dall'applicazione della legge comunitaria a detrimento dell'efficacia dell'*enforcement*.

In terzo luogo, l'individuazione dell'autorità competente per un caso sarebbe stata più problematico in un sistema di autorizzazioni: le imprese sarebbero state costrette a notificare a diverse autorità, tutte potenzialmente competenti, sopportando oneri amministrativi più gravosi di quelli attuali, con il risultato di molteplici notificazioni e molteplici controlli.

Infine, era parso che il rischio di un'applicazione difforme delle regole comunitarie fosse superiore in un sistema in cui le autorità nazionali potessero assumere esplicite decisioni di esenzione. Ciò soprattutto per due ragioni: da un lato, perché nell'ambito di un sistema di autorizzazioni non c'era nessuna possibilità di invalidare una decisione di esenzione, che poteva quindi essere usata per tutelare i concorrenti nazionali senza possibilità di essere impugna-

ta. Questa decisione positiva di esenzione poteva poi entrare in conflitto con una decisione negativa adottata nel medesimo caso in un altro Stato membro o adottata dalla Commissione. Le imprese avrebbero potuto realizzare il c.d. *forum shopping*, individuando l'autorità più disponibile per ottenere velocemente una decisione positiva. Infine, il provvedimento di esenzione avrebbe avuto un effetto *erga omnes*, vincolante per le parti per il futuro. Questo avrebbe amplificato il pericolo di contraddittorietà con una successiva decisione di altre autorità o di fronte alla Corte.

Per queste ragioni la Commissione ha considerato che decentralizzare il potere di concedere esenzioni alle autorità nazionali avrebbe potuto essere un sistema pericoloso. E ciò soprattutto per i nuovi Stati membri, perché essi avrebbero potuto non presentare lo stesso sistema flessibile proposto dalla Commissione.

13. Il progetto di comunicazione relativa alla cooperazione tra Commissione ed autorità garanti nazionali

Nell'introduzione della Comunicazione che andrà a sostituire la Comunicazione sopra esaminata varata nel 1997, è detto che la Commissione e le autorità garanti degli Stati membri «formano insieme una rete di pubbliche autorità: esse operano nell'interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza».

Una più precisa definizione della rete vede la stessa come «un ambito di discussione e di cooperazione in materia di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza»; essa «rappresenta la base per preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa».

La rete è ufficialmente denominata «European Competition Network» (ECN), potendosi ricordare la creazione di un altro esempio, per certi versi analogo, già esistente, quella della EJM (*European Judicial Network*), istituito quale rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale in genere.

Il Progetto di comunicazione in esame⁸¹ molto opportunamente cerca di fornire indicazioni circa i criteri di attribuzione dei casi, sicuramente uno dei temi più delicati e di più incerta soluzione nell'ambito del regolamento n. 1. Il progetto prevede che, nell'ambito del sistema di competenze parallele e concorrenti nell'applicazione degli artt. 81-82 CE, le autorità di concorrenza devono assicurare, mediante la rete, l'efficiente divisione del lavoro e l'applicazione efficace ed uniforme delle regole di concorrenza comunitarie.

⁸¹ Si è già avvertito che in corso di stampa sono state pubblicate le sei Comunicazioni che danno attuazione al regolamento n. 1/2003 nel testo definitivo, in *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004.

È ribadito il principio che le autorità nazionali mantengono ciascuna in relazione ad ogni singolo caso, piena autonomia e piena discrezione circa l'opportunità di avviare o di proseguire un'indagine, salvo il potere di avocazione da parte della Commissione.

Quanto ai criteri di ripartizione o meglio di «miglior allocazione» dei casi, la proposta di comunicazione prevede che i casi saranno trattati:

- da un'unica autorità nazionale garante della concorrenza, eventualmente con l'assistenza della autorità garante della concorrenza di altri Stati membri; o
- da diverse autorità nazionali garanti della concorrenza operanti in parallelo; o
- dalla Commissione.

È indicata come eccezionale l'ipotesi di riattribuzione del caso; ove ciò sia necessario, il criterio è quello di attribuire il caso all'autorità che si trovi «nella posizione idonea per intervenire». La scelta è basata sulla ricorrenza di tre condizioni cumulative:

1. se l'accordo o la pratica vengono attuate o hanno origine nel suo territorio,
2. se l'autorità è in grado di far cessare e sanzionare adeguatamente l'infrazione nel suo complesso;
3. se l'autorità può raccogliere, anche con l'assistenza di altre autorità, le prove necessarie a comprovare l'infrazione.

Il criterio fondante è quello che esista un legame sostanziale tra l'infrazione e il territorio dello Stato membro.

Situazione ottimale sarebbe che vi fosse un'unica autorità nella posizione idonea a trattare gli accordi o le pratiche che pregiudicano la concorrenza nell'ambito del proprio Stato; tuttavia potrebbe darsi il caso di un'ipotesi in cui vi siano più autorità nazionali nella posizione idonea secondo i criteri sopra illustrati. In tal caso la Comunicazione prevede che l'azione di un'unica autorità è sufficiente a far cessare l'infrazione e che, solo qualora un accordo o una pratica abbiano effetti sensibili sulla concorrenza in diversi territori e laddove l'azione di un'unica autorità non sarebbe sufficiente, allora potrebbe ravvisarsi l'utilità dell'azione parallela di due o di tre autorità nazionali.

La Comunicazione indica ancora che in tal caso sarebbe utile che le autorità trattassero il caso in parallelo, designando una di loro come autorità cui far capo per le indagini e delegando a detta autorità compiti di coordinamento delle misure di indagine e l'informazione delle parti interessate.

La Commissione riserva, invece, a sé la competenza di intervenire quando uno o più accordi o pratiche, ivi comprese le reti di accordi o di pratiche simili, incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri, individuandosi così mercati transfrontalieri che coprono più di tre Stati membri o diversi mercati nazionali.

Inoltre la Commissione si riserva la facoltà di trattare i casi per i quali la tutela dell'interesse comunitario richieda l'adozione di decisioni a livello co-

munitario per sviluppare la politica della concorrenza o per assicurarsi il controllo efficace sul rispetto delle regole di concorrenza, ovvero quando un caso è in stretta relazione con altre disposizioni comunitarie che possono essere applicate meglio dalla Commissione e per la cui applicazione la Commissione ha la competenza esclusiva.

Sono poi stabiliti dei meccanismi di cooperazione in materia di attribuzione dei casi e di assistenza, mediante la trasmissione di informazioni reciproche, fra i membri della rete, al momento dell'avvio del procedimento (secondo l'indicazione di cui all'art. 11, par. 3 del regolamento e par. 8.1 della Proposta di Comunicazione).

I possibili casi di riattribuzione devono essere risolti di norma entro due mesi dalla data della prima informazione inviata alla rete, con l'affermazione di un certo *favor*, nella nuova attribuzione, per quella autorità che in detto periodo abbia trattato il caso.

Dando miglior specificazione alle previsioni della sospensione di cui all'art. 13 del regolamento, il par. 8.2 della Comunicazione fornisce precisazioni circa i criteri e le modalità di detta sospensione, indicando tuttavia che la stessa rientra fra i poteri discrezionali di ciascuna autorità garante e che non sussiste alcun obbligo di sospensione, lasciando l'art. 13 del regolamento ampio margine di valutazione della specificità di ogni singolo caso.

La rete circa lo scambio e l'utilizzazione delle informazioni, anche riservate (par. 8.3 della Comunicazione) si svolge tramite la cooperazione verticale, già esistente in forza del regolamento n. 17 e della Comunicazione del 1997, tra Commissione e autorità nazionali della concorrenza, e una cooperazione orizzontale tra singole autorità nazionali, che rappresenta la novità del nuovo sistema. Di rilievo anche il ruolo assegnato al Comitato consultivo, definito dalla proposta di Comunicazione quale "sede in cui gli esperti delle varie autorità garanti della concorrenza discutono i singoli casi e le questioni generali di diritto comunitario della concorrenza".

Così il Comitato viene consultato prima dell'adozione da parte della Commissione di qualsiasi decisione assunta ai sensi degli artt. 7, 8, 9, 10, 23, 24.2 o 29.1 del regolamento, essendo suggerito che la Commissione debba dare la massima considerazione al parere del Comitato e debba informare il Comitato del modo in cui ha tenuto conto del suo parere.

Anche le più importanti decisioni delle autorità nazionali possono essere discusse dal Comitato consultivo, anche se in tal caso non si perviene all'adozione di un parere formale. Inoltre il Comitato viene consultato per i progetti di regolamento della Commissione e del Consiglio, nonché sulle comunicazioni, linee direttrici ed orientamenti che la Commissione può adottare in materia.

14. L'ampliamento del ruolo dei giudici nazionali ed i loro rapporti con la Commissione

La scelta della normativa comunitaria si è indirizzata verso la valorizzazione del ruolo dei giudici nazionali, cui è attribuito il potere di dare piena applicazione all'art. 81⁸².

È legittimo chiedersi se i giudici nazionali siano forniti degli strumenti necessari ad assolvere tale compito.

Nei diversi incontri tenutesi sul punto a livello comunitario e internazionale si è cercato di dare soluzione ai molti dubbi sorti al riguardo⁸³.

In primo luogo ci si è chiesti come i giudici possano essere informati degli aspetti economici del caso loro sottoposto. Nel confronto fra i vari sistemi esistenti nei Paesi membri, questo aspetto non ha presentato eccessive preoccupazioni. In linea di massima si è pensato che a tal fine fossero utili e spesso sufficienti gli elementi portati dalle parti, oppure che il giudice potesse chiedere informazioni alla Commissione e all'autorità garante, o disporre indagini di mercato, o ancora nominare consulenti che possano fornirgli gli elementi necessari alla sua decisione. Non è prevalsa la tesi di trasformare le corti giudicanti in collegi misti di giudici ed economisti.

Ci si è chiesti, invece, con notevole preoccupazione se un giudice "generalista" sia in grado di dare piena applicazione alle regole comunitarie della concorrenza.

In Italia i casi di concorrenza, siano essi di applicazione diretta delle regole del Trattato ovvero di applicazione della normativa nazionale *antitrust*, sono per il momento di competenza di giudici privi di specializzazione, la cui attività si svolge nell'ampio settore del diritto civile. Solo nelle maggiori città si possono trovare sezioni specializzate nella materia commerciale in genere, che hanno acquistato un certa competenza nella materia *antitrust*, ma in ogni caso, anche per questi giudici, simili controversie rivestono una minima percentuale rispetto alle diverse materie di cui si occupano. Considerata la recente legge di riforma nazionale⁸⁴, che ha istituito sezioni specializzate per la ma-

⁸² Vedi CAPELLI, *La riforma della disciplina comunitaria della concorrenza*; IDOT, *Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 e 82 CE*; PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE*, tutti *cit. supra*, nota 5. PACE ritiene illegittima l'attribuzione ai giudici nazionali dell'applicazione dell'art. 81.3 (art. 6 del regolamento n. 1/2003), per violazione del principio dell'effetto diretto e per la violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 2, lett. b. del Trattato (vedi *La politica di decentramento del diritto antitrust CE*, *loc. cit.*, p. 178 ss.).

⁸³ Vedi CANIVET, *Examen de la proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité*; FERRIS, *Towards the Application of Article 81.3 by National Courts, an English perspective*; MC CRACKEN, *An Irish perspective*; TAVASSI, *An Italian perspective*; PEREZ VAN KAPPEL, *The reform of regulation 17 and the problem of legal certainty for undertakings*; THORUP, *Coherent application of article 81.3 and the role of the European Court of Justice and the Commission*, tutti in *ERA Forum*, 2001.

⁸⁴ Vedi legge 12 dicembre 2002 n. 273, il cui art. 16 ha dato delega al Governo di istituire sezioni specializzate in 12 tribunali ed altrettante corti d'appello (individuate in Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia) «in materia di

teria della proprietà industriale e intellettuale, e nella materia della concorrenza sleale, purché connessa (la legge usa l'espressione «interferente»), si deve rilevare come non si sia pensato di assumere una soluzione analoga per la materia *antitrust*.

Né per il momento a livello nazionale si è pensato di mettere ordine fra le diverse competenze attribuite al Tribunale ed alle Corti d'appello a seconda che si debba dare applicazione al diritto comunitario o alla legge nazionale.

Da segnalare al riguardo anche che in altre materie, più o meno vicine alla tutela della concorrenza, la competenza è stata lasciata in capo al Tribunale, quale giudice di primo grado (con la previsione della Corte d'appello quale giudice di secondo grado, secondo le regole ordinarie). Ciò accade per le azioni di nullità di intese ed operazioni di concentrazione, nonché per le connesse domande risarcitorie, a fronte di posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni e radiotelevisivo⁸⁵. Analoga situazione si delinea a fronte dell'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192 in materia di subfornitura nelle attività produttive, il cui terzo comma⁸⁶ espressamente rimette alla competenza del giudice ordinario le azioni riguardanti gli abusi di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni.

Non può trascurarsi di segnalare il delicato confine con le competenze rimesse al giudice amministrativo dagli artt. 33-35 del dlgs 31 marzo 1998 n. 80, come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205; dette norme hanno infatti attribuito ai Tribunali amministrativi regionali la piena giurisdizione nel settore dei pubblici servizi, espressamente riconoscendo loro poteri risarcitori anche in forma specifica.

Si deve ancora rilevare che, a fronte dell'indicazione contenuta nell'art. 3 del regolamento n. 1/2003 e del rinnovato invito formulato nel progetto di Comunicazione affinché i giudici nazionali diano applicazione al diritto comunitario ogniqualevolta siano chiamati ad applicare il diritto interno, la di-

marchi nazionali e comunitari, brevetti d'invenzione e per nuove varietà vegetali, disegni e modelli di utilità e diritto d'autore, nonché di fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale e intellettuale», così limitata l'iniziale indicazione riguardante la concorrenza sleale, mentre non è indicato nulla per la materia della concorrenza, che pure, molto opportunamente, potrebbe essere riservata alla competenza di dette sezioni specializzate. L'attuazione a detta delega è intervenuta con il dlgs 27 giugno 2003 n. 168. In materia societaria l'idea iniziale (vedi Progetto di legge Mirone) di riservare la competenza a sezioni specializzate, è stata abbandonata nel testo definitivo dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366, Delega al Governo per la riforma del diritto societario.

⁸⁵ Vedi l'art. 2 della legge 31 luglio 1997 n. 249, Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo. Un parallelismo tra l'art. 3 della legge n. 287/90 e l'art. 2 della legge n. 249/97 è stato espressamente ravvisato nell'ordinanza del Tribunale di Milano, 7 agosto 2000, *Europa TV c. Associazione Sportiva Calcio Napoli*.

⁸⁶ Nel testo modificato dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, che, aggiungendo all'art. 9 il comma 3 *bis*, ha anche affermato la competenza dell'AGCM qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

stinzione esistente nell'ambito del sistema italiano tra competenze delle Corti d'appello e dei Tribunali rischia di impedire il rispetto dell'invito contenuto nella Comunicazione, ovvero di rendere assolutamente sfumati i limiti imposti dal legislatore nazionale alla competenza delle Corti d'appello nazionali, considerato che queste ultime dovranno dare applicazione d'ufficio anche alle regole comunitarie.

Nei dibattiti svoltisi su questi temi fra i giudici della Comunità è emerso che, in un settore così particolare e complesso quale è quello della concorrenza, la specializzazione sarebbe assolutamente necessaria. E ciò non per sfiducia nelle capacità dei giudici c.d. generalisti, ma perché esigenze di celerità e di certezza del diritto impongono che si dedichino a questa materia un numero ristretto di giudici sul territorio nazionale, che possano acquisire specifica preparazione ed esperienza. Una loro formazione particolare ed uno studio approfondito delle tematiche, sicuramente non semplici, che la materia coinvolge, consentirebbe, da un lato, ai giudici in questione di assumere le loro decisioni con maggior padronanza e tranquillità di giudizio, dall'altro, di consentire che il formarsi del loro convincimento si attui in tempi brevi. Ciò in particolare per quegli interventi rapidi che sono richiesti in sede cautelare.

Una simile soluzione varrebbe nel complesso a garantire una maggior produttività del sistema ed una maggiore uniformità di giudizio.

Altro dubbio posto dalla soluzione adottata con il nuovo regolamento riguarda le modalità con le quali assicurare un'applicazione coerente, quando si pensi alla possibilità che le stesse siano applicate da migliaia di giudici nell'ambito dei Paesi della Comunità.

Si può ancora ricordare che l'art. 15 prevede che i giudici nazionali possono chiedere alla Commissione informazioni e anche pareri su questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza.

A quanto risulta, una simile facoltà non è mai stata utilizzata da un giudice italiano, in applicazione dell'analoga previsione già esistente nel regolamento n. 17 finora in vigore, essendo i giudici poco abituati e forse reticenti a rivolgersi ad un'autorità estranea alla loro sfera di appartenenza. Ma i nuovi ampli poteri concessi ai giudici nazionali, a fronte, da un lato, dell'estrema specializzazione della materia, dall'altro, della opportunità di evitare decisioni confliggenti (fra i giudici dei diversi Paesi e fra questi e le istituzioni comunitarie, quali la Commissione ed i giudici comunitari), potrebbero indurre a cambiare simile atteggiamento, anche se va tenuto presente che il nostro ordinamento non consente ai giudici di avvalersi di strumenti quali pareri, *affidavit* e simili, conoscendo solo strumenti come la raccolta di informazioni presso pubbliche amministrazioni e l'incarico ad ausiliari nella forma della consulenza tecnica.

Un ampliamento di tali limiti, anche se non certo puntuale rispetto al tema in esame, si può trovare nella disposizione di cui all'art. 14 della legge n.

218 del 1995 (che consente al giudice di interpellare esperti o istituzione specializzate), o ancora nella previsione di cui all'art. 25 della Convenzione sul brevetto europeo, che consente al giudice nazionale di chiedere un parere tecnico alle divisioni d'esame dell'Ufficio brevetti europeo di Monaco.

Un'importante novità è rappresentata dalla possibilità che le autorità garanti nazionali e la Commissione possano presentare osservazioni, scritte od orali (in quest'ultimo caso, previa autorizzazione della giurisdizione competente). A tal fine, ed esclusivamente per detto fine, le autorità garanti e la Commissione possono chiedere alla giurisdizione competente di trasmettere i documenti necessari alla valutazione del caso. Per quanto riguarda la Commissione nel testo definitivo è stato eliminato, rispetto al testo della Proposta, il limite che le osservazioni fossero svolte solo nell'interesse pubblico comunitario e non nell'interesse di una delle parti; come pure è stata eliminata la precisazione che «i giudici nazionali non sono obbligati a seguire il parere espresso».

Lo stesso art. 15 stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di trasmettere alla Commissione, senza indugio, una copia delle sentenze scritte dalle giurisdizioni nazionali, e ciò dopo che sia stato notificato alle parti il testo integrale della sentenza scritta.

L'intero progetto di riforma è permeato dalla preoccupazione di garantire un livello adeguato di certezza giuridica e di evitare decisioni contraddittorie.

L'art. 16, quale norma di chiusura del capo dedicato alla cooperazione con le autorità e giurisdizioni nazionali, afferma che le une e le altre non possono prendere decisioni in contrasto con le decisioni adottate dalla Commissione.

La formulazione originaria della norma non vietava ma sembrava piuttosto suggerire agli organi giudiziari ed alle autorità garanti di non adottare decisione in contrasto con quelle della Commissione («devono adoperarsi affinché non siano adottate decisioni in contrasto con le decisioni adottate dalla Commissione»). L'emendamento proposto dal Parlamento europeo indicava: «devono evitare che siano adottate decisioni in contrasto (...)». Il testo definitivo è sicuramente più drastico, imponendo inoltre ai giudici di evitare «decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati».

Anche questo è un approccio nuovo, soprattutto per i giudici nazionali che fino ad oggi non si sono mai considerati obbligati, se non in modo indiretto tramite una decisione della Corte di giustizia, ad uniformarsi alle decisioni della Commissione. Tuttavia è da notare che nel vigore dell'attuale sistema, la riserva del potere di concedere esenzioni alla Commissione, necessariamente rappresentava per i giudici dei singoli Stati un limite all'esercizio del loro potere. Essi, infatti, non potevano che rispettare la decisione sul punto della Commissione e conformarsi ad essa nella decisione del singolo caso.

Deve a tale riguardo essere ricordato l'orientamento assunto dalla Cassa-

zione nella sentenza n. 837 del 1° febbraio 1999⁸⁷. Tale pronuncia, premesso che un'intesa, pur astrattamente sanzionabile, potrebbe essere autorizzata dall'Autorità garante nei limiti di cui all'art. 4 della legge n. 287 (norma corrispondente per l'ordinamento interno all'esenzione concessa dalla Commissione ex art. 81.3 CE), ha osservato che detta intesa potrebbe comunque essere considerata dal giudice come «lesiva del diritto individuale alla concorrenza lecita, e dunque può legittimare la domanda di disapplicazione del provvedimento di autorizzazione da parte del giudice ordinario», ai sensi dell'art. 5 della legge 29 marzo 1865 n. 2248, All. E.

La dottrina, invece, si era espressa in termini diversi a tale ultimo proposito. Ipotizzando che a norma dell'art. 33 della legge nazionale *antitrust* alle Corti d'appello fossero devolute soltanto le controversie riguardanti diritti conseguenti a decisioni dell'autorità garante e che l'esperimento della procedura davanti all'autorità garante rappresentasse un presupposto processuale dell'azione davanti al giudice ordinario, alcuni⁸⁸ hanno ritenuto che la speciale competenza attribuita dal secondo comma dell'art. 33 alla Corte d'appello operasse solo per le ipotesi in cui la violazione fosse già stata accertata dall'autorità garante, con l'applicazione delle sanzioni ritenute conformi a legge, cosicché il giudizio di nullità e di risarcimento del danno sarebbe stato necessariamente conseguente all'accertamento in sede amministrativa. Tale accertamento, inoltre, sarebbe stato vincolante per il giudice, se non impugnato davanti al TAR (ed a maggior ragione, si dovrebbe aggiungere, se impugnato e confermato dal giudice amministrativo) e non sarebbe stato suscettibile di disapplicazione in sede giudiziaria ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248, all. E, prima indicata.

L'opinione della dottrina è stata disattesa sia in relazione alla ritenuta pregiudizialità del provvedimento dell'autorità garante rispetto all'intervento del giudice ordinario, sia, come si è visto, a proposito della possibilità di disapplicazione del provvedimento amministrativo.

Appare, tuttavia, molto dubbio che un giudice nazionale pervenga a disapplicare un provvedimento della Commissione, anche se da un punto di vista tecnico, almeno per l'ordinamento italiano, non vi sarebbe stata finora alcuna preclusione, se non a pervenire ad una vera e propria disapplicazione, quantomeno a decidere in modo difforme rispetto a detto provvedimento.

⁸⁷ In *Foro it.*, 1999, I, c. 831. La sentenza ha cassato la pronuncia della Corte d'appello di Venezia del 10 aprile 1996, nel caso *Gruppo Pavan c. Gruppo Ferro*, per non avere la Corte accertato in modo rigoroso la consistenza della distorsione rappresentata dall'intesa sanzionata rispetto al mercato rilevante.

⁸⁸ In tal senso SELVAGGI, *La disciplina della concorrenza e del mercato. Problemi di giurisdizione e di competenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 243 ss. e in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 128; OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 543 ss., in particolare p. 549.

Si è espressa in termini negativi circa una simile possibilità la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Masterfoods* che, ragionando in base alla propria giurisprudenza anteriore, ed agli artt. 5 e 189.4 del Trattato, ha stabilito che «*A fortiori* i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quelle della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado» (punto 52). Afferma ancora la sentenza *Masterfoods* che gli atti delle istituzioni comunitarie godono, in linea di principio, di una presunzione di legittimità, fintantoché non saranno annullati o revocati (punto 53) e che, pertanto, un giudice nazionale quando nutre dubbi in merito alla validità o all'interpretazione di un atto di un'istituzione comunitaria, può o deve sottoporre una domanda pregiudiziale alla Corte (punto 54).

La sentenza *Delimitis* della Corte Ce aveva ricordato l'obbligo per i giudici nazionali di sospendere il procedimento avanti a sé fino alla pronuncia di una sentenza definitiva sul ricorso di annullamento della decisione della Commissione proposto dall'interessato davanti al Tribunale di primo grado ed alla Corte di giustizia Ce. Entrambe le sentenze in esame ricordavano al giudice nazionale la facoltà o l'obbligo (per le giurisdizioni superiori) di investire la Corte di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177, ora 234, del Trattato. Anche la sentenza *Masterfoods* indica al giudice nazionale la sospensione, salva l'adozione di misure provvisorie, a meno che esso non ritenga di proporre alla Corte di giustizia Ce una domanda pregiudiziale sulla validità della decisione della Commissione (punti 57-58).

Nella pratica concreta non vi saranno probabilmente resistenze ad uniformarsi alle statuizioni rese della Commissione, anche perché queste, assunte nell'interesse pubblico comunitario, promanano dall'organo competente a valutare in materia di concorrenza tale aspetto.

Del resto, se la decisione della Commissione non dovesse essere convincente per quel singolo giudice, questo potrebbe avvalersi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Per quanto riguarda il diritto interno, merita sul punto di essere segnalata un'altra recente pronuncia della Corte di cassazione⁸⁹ che, occupandosi delle norme bancarie uniformi riguardanti la fideiussione *omnibus*, ha osservato che, pur non essendo state le stesse ritenute dalla Corte di giustizia Ce atte a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, ciò tuttavia non comporta che in tali intese non possa ravvisarsi, da parte del giudice nazionale, un illecito concorrenziale ai sensi della legge nazionale, n. 287/1990. Osserva infatti la Cassazione che «la repressione delle intese di rilievo comunitario spetta alla Commissione dell'Unione europea, sotto il controllo del giudice comunitario,

⁸⁹ Sentenza del 30 giugno 2001 n. 8887.

ai sensi dell'art. 83 (già 97) a mezzo della cosiddetta procedura di verifica. Tale competenza comunitaria non toglie che possa essere allegata davanti al giudice nazionale una violazione delle norme di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 81 del Trattato, nei suoi soli effetti diretti sul rapporto concorrenziale tra privati e con riferimento ad un ambito esclusivamente nazionale, essendo a tutt'oggi il giudice nazionale incompetente, nella materia delle intese, solo quanto alla fattispecie di esenzione di cui al n. 3 dello stesso articolo». Interessante anche la precisazione fatta dalla Cassazione circa la possibilità di fare ricorso al rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato, a proposito del quale afferma: «La previsione del rinvio pregiudiziale (...) si pone a soccorrere il giudice nazionale nella ipotesi in cui egli non sia certo dell'illiceità della intesa allegata con il Trattato, allo scopo di garantire la uniformità e la certezza possibili nell'applicazione del diritto comunitario». Nel caso specifico, tuttavia, la distorsività rispetto alla struttura concorrenziale del mercato interno era stata fatta valere dinanzi al giudice nazionale solo come riflesso dell'asserito pregiudizio comunitario, pregiudizio escluso nello specifico caso dalla sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 1999⁹⁰.

Dalle richiamate pronunce della Cassazione si può trarre il principio che l'irrelevanza comunitaria di un'intesa, per mancanza del presupposto del pregiudizio comunitario, ben può coesistere con la concreta illiceità della stessa in ambito nazionale, per la sua distorsività verso la struttura concorrenziale del solo mercato nazionale.

Tornando al nuovo regolamento, si può ancora rilevare che in esso non si parla di scambio di informazioni e consultazioni dei giudici dei Paesi membri fra di loro, senza il tramite della Commissione. La Commissione si offre di rappresentare il nucleo centrale di riferimento, cui affluiscono tutte le informazioni e le decisioni emesse dai giudici nazionali e dalla quale si dipartono tutti i canali di divulgazione di tali informazioni e decisioni.

Marina Tavassi*

⁹⁰ In cause riunite n. C-215/96 e n. 216/96, *Bagnasco e.a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 135 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 75.

* Magistrato - Corte d'appello di Milano.

**IL REGIME EUROPEO COMUNE IN MATERIA DI ASILO:
INDIVIDUAZIONE DEI CRITERI DI COMPETENZA
PER L'ESAME DI UNA DOMANDA DI ASILO**

Regolamento (Ce) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo*

Il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 63, primo comma, punto 1, lett. *a.*,
vista la proposta della Commissione¹,
visto il parere del Parlamento europeo²,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo³,

(Omissis)

ha adottato il presente regolamento:

(Omissis)

Capo II - Principi generali
Articolo 3

1. Gli Stati membri esaminano la domanda di asilo di un cittadino di un Paese terzo presentata alla frontiera o nel rispettivo territorio. Una domanda d'asilo è esa-

* *Gu-Ue* n. L 50 del 25 febbraio 2003, p. 1. In argomento v. *infra*, p. 371 ss., il commento di *RICCARDO ROSSANO*.

¹ *Guce* n. C 304 E del 30 ottobre 2001, p. 192.

² Parere reso il 9 aprile 2002 (non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*).

³ *Guce* n. C 125 del 27 maggio 2002, p. 28.

minata da un solo Stato membro, che è quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III.

2. In deroga al par. 1, ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un Paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento. In tale ipotesi, detto Stato membro diventa lo Stato membro competente ai sensi del presente regolamento e assume gli obblighi connessi a tale competenza. Eventualmente, esso ne informa lo Stato membro anteriormente competente, lo Stato membro che ha in corso la procedura volta a determinare lo Stato membro competente o quello al quale è stato chiesto di prendere o riprendere in carico il richiedente asilo.

3. Ogni Stato membro mantiene la possibilità, conformemente alla propria legislazione nazionale, di inviare un richiedente asilo in un Paese, nel rispetto delle disposizioni della convenzione di Ginevra.

4. Il richiedente asilo è informato per iscritto in una lingua che possa essere sufficientemente compresa dallo stesso, dell'applicazione del presente regolamento, delle date e degli effetti pertinenti.

(Omissis)

Articolo 10

1. Quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle prove indiziarie di cui ai due elenchi menzionati all'art. 18, par. 3, inclusi i dati di cui al capo III del regolamento (Ce) n. 2725/2000, che il richiedente asilo ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un Paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda d'asilo. Questa responsabilità cessa 12 mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera.

2. Quando uno Stato membro non può o non può più essere ritenuto responsabile ai sensi del par. 1 e quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle prove indiziarie di cui ai due elenchi menzionati all'art. 18, par. 3, che il richiedente asilo - entrato illegalmente nei territori degli Stati membri o del quale non si possano accertare le circostanze dell'ingresso - all'atto della presentazione della domanda ha soggiornato in precedenza per un periodo continuato di almeno cinque mesi in uno Stato membro, detto Stato membro è competente per l'esame della domanda d'asilo.

Se il richiedente asilo ha soggiornato per periodi di almeno cinque mesi in vari Stati membri, lo Stato membro in cui ciò si è verificato per l'ultima volta è competente per l'esame della domanda d'asilo.

(Omissis)

Capo IV - Clausola umanitaria

Articolo 15

1. Qualsiasi Stato membro può, pur non essendo competente in applicazione dei criteri definiti dal presente regolamento, procedere al ricongiungimento dei membri di una stessa famiglia nonché di altri parenti a carico, per ragioni umanitarie, fondate

in particolare su motivi familiari o culturali. In tal caso detto Stato membro esamina, su richiesta di un altro Stato membro, la domanda di asilo dell'interessato. Le persone interessate debbono acconsentire.

2. Nel caso in cui la persona interessata sia dipendente dall'assistenza dell'altra a motivo di una gravidanza, maternità recente, malattia grave, serio *handicap* o età avanzata, gli Stati membri possono lasciare insieme o ricongiungere il richiedente asilo e un altro parente che si trovi nel territorio di uno degli Stati membri, a condizione che i legami familiari esistessero nel Paese d'origine.

3. Se il richiedente asilo è un minore non accompagnato in un altro Stato membro che ha uno o più parenti che possono occuparsi di lui/lei, gli Stati membri cercano di ricongiungere il minore con il(i) parente(i), a meno che ciò sia in contrasto con il miglior interesse del minore.

4. Se lo Stato membro richiesto acconsente a tale richiesta, la competenza dell'esame della domanda gli è trasferita.

5. Le condizioni e procedure d'applicazione del presente articolo, ed anche, eventualmente, meccanismi di conciliazione intesi a comporre le divergenze tra Stati membri circa la necessità o il luogo nel quale procedere al ricongiungimento delle persone interessate, sono adottati conformemente alla procedura di cui all'art. 27, par. 2.

(Omissis)

Articolo 17

1. Lo Stato membro che ha ricevuto una domanda d'asilo e ritiene che un altro Stato membro sia competente per l'esame della stessa può interpellare tale Stato membro affinché prenda in carico il richiedente asilo quanto prima e, al più tardi, entro tre mesi dopo la presentazione della domanda d'asilo ai sensi dell'art. 4, par. 2.

Se la richiesta di prendere in carico il richiedente asilo non è formulata entro tre mesi, la competenza dell'esame della domanda d'asilo spetta allo Stato membro al quale la domanda è stata presentata.

2. Lo Stato membro richiedente può sollecitare una risposta urgente nei casi in cui la domanda d'asilo sia stata presentata a seguito di un rifiuto d'ingresso o di soggiorno, di un arresto per soggiorno irregolare o della notificazione o dell'esecuzione di un provvedimento di allontanamento e/o nel caso in cui il richiedente asilo sia detenuto.

La richiesta riporta i motivi che giustificano una risposta urgente e il termine entro il quale tale risposta è attesa. Tale termine è pari ad almeno una settimana.

3. In entrambi i casi, la richiesta di presa in carico da parte di un altro Stato membro viene effettuata utilizzando un formulario uniforme ed accludendo elementi di prova o circostanze indiziarie quali descritti nei due elenchi dell'art. 18, par. 3, e/o elementi pertinenti tratti dalla dichiarazione del richiedente asilo, che permettano alle autorità dello Stato richiesto di verificare la competenza di questo in base ai criteri definiti dal presente regolamento.

Le norme relative all'emissione e alle modalità di trasmissione delle richieste sono adottate in conformità della procedura di cui all'art. 27, par. 2.

(Omissis)

Capo VI - Cooperazione amministrativa*Articolo 21*

1. Ciascuno Stato membro comunica allo Stato membro che ne faccia richiesta i dati di carattere personale riguardanti il richiedente asilo che sono idonei, pertinenti e non eccessivi ai fini:

- a.* della determinazione dello Stato membro competente per l'esame della domanda d'asilo;
- b.* dell'esame della domanda d'asilo;
- c.* dell'attuazione di qualsiasi obbligo derivante dal presente regolamento.

(Omissis)

IL REGOLAMENTO COMUNITARIO SULLA DETERMINAZIONE DELLO STATO MEMBRO COMPETENTE AD ESAMINARE LA DOMANDA DI ASILO

Sommario: 1. *Le basi giuridiche e politiche* - 2. *Il regolamento comunitario* - 3. *Aspetti critici relativi alla legittimità del regolamento.*

1. Le basi giuridiche e politiche

Il regolamento (Ce) n. 343/2003 del Consiglio dell'Unione europea, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo¹, ha la sua base giuridica nell'art. 63 (al. 1, n. 1, lett. a.) del TCE, ai termini del quale il Consiglio, entro un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, adotta: «*l. misure in materia di asilo, a norma della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del protocollo del 31 gennaio 1967, relativo allo status dei rifugiati, e degli altri trattati pertinenti, nei seguenti settori: a. criteri e meccanismi per determinare quale Stato membro è competente per l'esame della domanda di asilo presentata da un cittadino di un Paese terzo in uno degli Stati membri, (...)»*².

¹ Il testo del regolamento può leggersi in *Gu-Ue* n. L 50 del 25 febbraio 2003, p. 1. Sul presupposto che l'attuazione del regolamento richiede la definizione di alcune concrete modalità, allo scopo di facilitare la cooperazione fra le autorità degli Stati membri competenti, la Commissione ha adottato il regolamento (Ce) n. 1560/2003 del 2 settembre 2003 recante modalità di applicazione del regolamento (Ce) n. 343/2003 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 222 del 5 settembre 2003, p. 3, ove, in particolare, viene disciplinata la richiesta di presa in carico o di ripresa in carico nonché l'esecuzione dei trasferimenti.

² Per le modifiche introdotte in materia di asilo dal Trattato di Amsterdam vedi, tra gli altri, K. HAILBRONNER, *European immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty*, CMLR, 1998, p. 1047; P. J. KUIJPER, *Some legal problems associated with the communitarization of policy on visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen Acquis*, CMLR, 2000, p. 345; K. POLLET, *The Amsterdam Treaty and Immigration and Asylum Policies: a legal analysis*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2000, p. 57.

La disciplina normativa in esso contenuta modifica ed integra la «Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee»³ (più comunemente conosciuta come «Convenzione di Dublino»), firmata il 15 giugno 1990 tra i Paesi membri dell'Unione europea i quali, con il predetto strumento normativo, avevano provveduto a fissare i criteri sulla cui base effettuare tale determinazione⁴. La Convenzione di Dublino era entrata in vigore il 1° settembre 1997 (ratificata dall'Italia con legge del 23 dicembre 1992, n. 523) per dodici Stati firmatari in origine, ai quali si sono aggiunti Austria e Svezia (1° ottobre 1997) e Finlandia (1° gennaio 1998) ed aveva abrogato l'accordo di Schengen. Nel sistema di determinazione della competenza introdotto dagli Stati firmatari, gli stessi Stati dopo aver dichiarato, nel preambolo, di essere consapevoli della necessità di adottare misure che non lascino il richiedente asilo nell'incertezza sull'esito della sua domanda, si ponevano due obiettivi primari: risolvere il problema dei cosiddetti "rifugiati in orbita", cioè di quelle persone che si trovano costrette ad andare da uno Stato della Comunità all'altro in attesa di conoscere quale sia quello competente ad esaminare la domanda di asilo; evitare che una persona possa presentare più domande di asilo in Stati diversi e, quindi, limitare un possibile abuso dell'istituto dell'asilo politico⁵.

Gli artt. 4-8 indicano in modo gerarchico i criteri, alla cui stregua individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di asilo: il primo di essi fa leva sul principio della riunificazione familiare; un altro criterio cardine identifica nello Stato nel cui territorio si trova il cittadino di un Paese terzo lo Stato competente a decidere sulla successiva ed eventuale domanda di asilo, sicché, in ultima analisi, è lo Stato che esercita il controllo all'entrata a diventare competente. Tuttavia, proprio la constatata inefficacia del meccanismo previsto nella Convenzione ha indotto ad apprestare il nuovo strumento normativo, di cui ci stiamo occupando⁶.

L'impulso verso l'adozione di una nuova disciplina unitaria in materia di asilo è venuto dal Consiglio europeo di Tampere, tenutosi il 15 e 16 ottobre 1999, in cui, con l'obiettivo generale di rendere l'Unione uno spazio di libertà,

³ Il testo può leggersi in *Guce* n. C 254 del 19 agosto 1997, p. 1.

⁴ A tali norme bisogna aggiungere le decisioni n. 1/97, in *Guce* n. L 281 del 14 ottobre 1997, p. 1 e n. 1/98, in *Guce* n. L 196 del 14 luglio 1998, p. 49 entrambe relative all'attuazione della Convenzione ed adottate dal Comitato che, istituito dall'art. 18 della Convenzione, è competente ad esaminare i problemi relativi all'applicazione e all'interpretazione della Convenzione. Su tali decisioni vedi, J. HANNA, *Article 18 Committee Decisions 1/97 and 2/97. Implementing the Dublin Convention*, in *Col. Jour. Eur. Law*, 1998, p. 182.

⁵ Sulla Convenzione, in generale, vedi C. MARINHO (a cura di), *The Dublin Convention on Asylum: Its Essence, Implementation and Prospects*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2000.

⁶ Cfr. R. MARX, *Adjusting the Dublin Convention: New Approaches to Member State Responsibility for Asylum Applications*, in *Eur. Journ. Migr. and Law*, 2001, p. 7.

sicurezza e giustizia, il Consiglio stesso ha delineato le priorità in materia di asilo. In particolare, si è convenuto sulla necessità di un regime comune sulla cui base si possa determinare con «chiarezza e praticità lo Stato competente per l'esame della domanda di asilo», nel rispetto degli obblighi discendenti dalla Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato e da altri importanti strumenti internazionali sui diritti dell'uomo.

2. Il regolamento comunitario

Il regolamento - il cui Preambolo (n. 5) richiama i principi ispiratori della Convenzione di Dublino - è diviso in sette capi.

Il Capo I, oltre a descrivere l'oggetto della normativa, contiene le definizioni di «cittadino di Paese terzo», «Convenzione di Ginevra», «richiedente asilo» e «domanda di asilo», rispetto alla quale precisa il significato di «esame e ritiro» della stessa. Viene specificato il concetto di «rifugiato» e di «minore non accompagnato». Di particolare importanza, stante il criterio primario del ricongiungimento familiare, è il concetto di «familiari», nel quale si comprendono il coniuge o il convivente – purché si tratti di una relazione stabile, sempre che la legislazione nazionale sugli stranieri assimili la situazione delle coppie di fatto a quella delle coppie sposate – i figli minori (legittimi, naturali ed adottivi), il padre, la madre o il tutore, quando il richiedente o rifugiato è minorenne. Infine, viene data la definizione di visto, nei vari casi di visto per soggiorno di lunga durata, di breve durata, di transito e di transito aeroportuale.

Il Capo II, relativo ai principi generali, stabilisce che gli Stati membri esaminano la domanda di asilo che viene presentata alla frontiera o nel rispettivo territorio, (art. 3, par. 1) attraverso un formulario o verbale redatto dalle autorità. In tal modo si dà avvio al procedimento diretto a determinare lo Stato membro competente ad esaminare il merito della stessa (art. 4). La situazione del minore che accompagna il richiedente asilo, sempre al capo II, viene dichiarata indissociabile da quella del genitore o del tutore.

Per quanto riguarda la gerarchia dei criteri relativi alla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo (Capo III), vi è, *in primis*, l'ipotesi in cui il richiedente asilo sia un minore: in detta ipotesi è competente lo Stato nel quale si trova legalmente un suo familiare (art. 6). Nell'ottica del ricongiungimento familiare si prevede che nel caso in cui in uno Stato membro a un familiare del richiedente asilo sia già stato riconosciuto lo *status* di rifugiato, tale Stato sia competente ad esaminare la domanda, purché gli interessati lo desiderino (art. 7), mentre, nel caso in cui non sia ancora stata esaminata la domanda del familiare del richiedente asilo, lo Stato competente è comunque quello in cui pende la procedura di esame (art. 8).

All'art. 9 (par. 1 e 2) vengono disciplinate le ipotesi, per la verità molteplici, in cui il richiedente asilo sia in possesso di un titolo di soggiorno o un visto in corso di validità. In entrambi i casi è competente lo Stato che ha rilasciato il titolo o il visto (a meno che si tratti di un visto rilasciato in rappresentanza o su autorizzazione di altro Stato membro per cui la competenza sarebbe in capo a quest'ultimo). Se il richiedente asilo possiede, invece, più titoli di soggiorno o visti in corso di validità, sono previsti una serie di criteri di determinazione temporali e quindi la competenza spetta allo Stato che ha rilasciato il titolo di soggiorno o il visto di durata la cui scadenza è più lontana o, ancora, il visto di validità più lungo, se trattasi di visti di natura diversa (par. 3). Vengono dettate altre norme per i casi in cui il richiedente asilo sia in possesso di titoli di soggiorno o visti scaduti rispettivamente da meno di due anni o meno di sei mesi oppure se i titoli di soggiorno e i visti sono scaduti da oltre due anni e più di sei mesi, sicché nella prima ipotesi si applicano i criteri di cui ai par. 1, 2 e 3 mentre, nella seconda, è competente lo Stato in cui è presentata la domanda.

L'art. 10 disciplina la situazione – ed è a questo riguardo che nascono perplessità in ordine alla legittimità del regolamento – dei richiedenti asilo che varcano la frontiera illegalmente. La norma riprende il criterio adottato nella Convenzione di Dublino, attribuendo la competenza ad esaminare la domanda di asilo, in caso di ingresso illegale, allo Stato membro che esercita il controllo alla frontiera. Tuttavia l'attribuzione di tale competenza dura solo per dodici mesi dalla data di attraversamento e, in ogni caso, viene meno se risulta provato, all'atto di presentazione della domanda, che il richiedente asilo ha soggiornato precedentemente, per un periodo continuato di almeno cinque mesi, in un altro Stato membro che, in tale ipotesi, risulterà competente per l'esame della domanda di asilo. Se la domanda è presentata da un cittadino di Paese terzo che sia dispensato dal visto, competente è lo Stato membro sul cui territorio entra il richiedente asilo (art. 11). Nel caso, invece, di domanda presentata da un cittadino di un Paese terzo, in una zona internazionale di transito di un aeroporto di uno Stato membro, la competenza è da riconoscere a tale Stato membro (art. 12). Il criterio secondo cui è competente lo Stato in cui è presentata la domanda ha, quindi, carattere residuale, applicandosi limitatamente alle situazioni in cui lo Stato non può essere designato in base ai criteri precedenti (art. 13). L'art. 14, relativo ai ricongiungimenti familiari, disciplina i casi in cui si hanno domande di asilo presentate simultaneamente dai membri della famiglia.

Il Capo IV, intitolato «clausola umanitaria», consente a uno Stato di esaminare la domanda e di procedere al ricongiungimento di membri di una stessa famiglia anche se non sia competente in base ai criteri su menzionati (art. 15). Le categorie a cui si applica la norma sono, oltre quella dei minori, anche quella di chi in ragione di gravidanza, maternità recente, malattia grave, serio *handicap* o età avanzata si trovi a dipendere da altri.

Il Capo V, intitolato «Obbligo di prendere o riprendere in carico un richiedente asilo», mira ad evitare che un richiedente asilo possa presentare domanda di asilo in uno Stato non competente o che possa trovarsi, senza esserne autorizzato, sul territorio di uno Stato membro dopo che abbia presentato domanda in un altro Stato membro. Più precisamente, l'art. 17 disciplina la procedura relativa alla presa in carico da parte dello Stato competente (Stato richiesto) qualora lo Stato che ha ricevuto la domanda di asilo (Stato richiedente) ne faccia una esplicita richiesta. Le prove, in base alle quali si determina la competenza vengono suddivise in due tipi: prove formali e prove indiziarie. Le prime sono valide sino a quando non sono confutate da prove contrarie, mentre le seconde, definite come elementi indicativi, hanno un carattere probatorio valutabile caso per caso (art. 18). La decisione, in forza della quale lo Stato membro che ha ricevuto la domanda di asilo si dichiara incompetente, è corredata dei termini e delle modalità relative al trasferimento del richiedente asilo e deve essere motivata, potendo costituire oggetto di ricorso (art. 19). Allo Stato membro richiesto deve essere consentita la verifica delle condizioni necessarie per la ripresa in carico, per cui tale richiesta deve contenere le indicazioni utili per la verifica (art. 20, par. 1, lett. *a.*), fermo restando il termine – fissato in un mese dalla data in cui è investito della questione o di due settimane se si tratta di dati forniti con il sistema Eurodac – entro il quale deve comunicare la propria decisione, in mancanza della quale si ritiene accettata la ripresa in carico (lett. *b.* e *c.*). Anche la decisione dello Stato richiesto di ripresa in carico deve essere motivata e notificata al richiedente e può essere oggetto di ricorso (lett. *e.*), mentre il trasferimento deve avvenire nel termine di sei mesi (par. 2).

Il Capo VI disciplina la procedura relativa alla trasmissione dei dati personali del richiedente asilo al fine di consentire sia la determinazione dello Stato competente per l'esame della domanda di asilo (art. 21, par. 1, lett. *a.*), sia l'esame della stessa domanda (lett. *b.*). In particolare l'art. 21, par. 2, si caratterizza per la tassatività dei dati eventualmente trasmissibili (lett. *a.*), includendo, ai fini dell'identificazione del richiedente asilo, le informazioni riguardanti i documenti di viaggio, le impronte digitali, i luoghi di soggiorno, i titoli di soggiorno e il luogo di presentazione della domanda. Lo Stato membro competente può rivolgere una richiesta motivata a un altro Stato membro sulle ragioni addotte dal richiedente asilo, a sostegno della sua domanda e lo Stato richiesto è tenuto a rispondere entro sei settimane (par. 5). Una serie di garanzie è prevista in ordine all'esattezza ed aggiornamento dei dati (par. 8), al diritto del richiedente asilo di conoscere i dati che lo riguardano (par. 9) con diritto dello stesso richiedente di chiederne la rettifica, la cancellazione o il congelamento qualora vi sia stata violazione della direttiva n. 95/46/Ce del 24 ottobre 1995 sul trattamento e la conservazione dei dati personali (par. 10 e 11). Per facilitare l'attuazione del regolamento, è prevista la possibilità per gli Stati membri di concludere accordi bilaterali (art. 23).

Il regolamento comunitario sostituisce la Convenzione di Dublino. Tuttavia, l'art. 24 stabilisce dei criteri temporali al fine di assicurare la continuità del precedente meccanismo con il nuovo per cui, posto che l'entrata in vigore del regolamento è stabilita a partire dal ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, le domande di asilo a cui si applica il regolamento sono solo quelle presentate a partire dal primo giorno del sesto mese successivo all'entrata in vigore mentre per le domande presentate prima di tale data, per l'individuazione dello Stato competente per l'esame della domanda di asilo, valgono i criteri di cui alla Convenzione. Lo stesso dicasi per le richieste di presa o di ripresa in carico.

3. Aspetti critici relativi alla legittimità del regolamento

Da una valutazione complessiva del regolamento adottato si evince che il suo obiettivo è creare un regime di responsabilità tra gli Stati membri, stabilendo una serie di misure, termini e sanzioni al fine di evitare di scaricare su altri Stati il compito oneroso di affrontare la difficile problematica dei rifugiati.

Tra gli elementi di pregio dell'attuale regolamento devono annoverarsi una più completa attuazione del principio del ricongiungimento familiare e, rispetto alla Convenzione di Dublino, sfornita di adeguata garanzia in tal senso, una più intensa tutela del minore in ragione della sua situazione del tutto peculiare. Una tutela, a salvaguardia del principio dell'unità familiare, che rende indissociabile la situazione del minore da quella del genitore e del tutore. In tal modo, quindi, sono state accolte le richieste di quanti chiedevano un ampliamento del concetto di «familiari», al punto che è stato ricompreso anche «il partner non legato da vincoli di matrimonio che abbia una relazione stabile». Tuttavia, sotto questo aspetto, sembra che l'aver subordinato la tutela alla condizione che la situazione delle coppie di fatto sia assimilata alla situazione di quelle sposate dalla legislazione nazionale o prassi nazionale indebolisce tale forma di tutela, subordinandola all'esistenza di una normativa e di una prassi relativa alla disciplina delle unioni di fatto che, in taluni Stati, può mancare del tutto. In realtà, tale disposizione appare ispirata dalle logiche nazionali che prevalgono su quelle sopranazionali e ciò è in contrasto con la comunitarizzazione della disciplina del diritto di asilo.

Suscita perplessità l'adozione del criterio per il quale, nelle situazioni di irregolarità, competente ad esaminare la domanda di asilo è lo Stato in cui si è verificato l'ingresso irregolare e non quello in cui essa viene presentata. In tal modo, stante la diversità di procedure e criteri attualmente esistente negli Stati membri, si nega al rifugiato la possibilità di veder esaminato e deciso il suo caso nello Stato in cui ritiene vi siano le maggiori garanzie⁷ mentre, allo stes-

⁷ Cfr. E. CANNIZZARO, *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 440.

so tempo, rimettere la competenza ad esaminare la domanda di asilo allo Stato membro responsabile della presenza fisica del richiedente asilo sul proprio territorio può avere l'effetto di incoraggiare l'adozione di misure restrittive in relazione al riconoscimento dello stesso diritto di asilo. In sostanza, il regolamento comunitario, nei casi di irregolari, non fa altro che attribuire, allo Stato membro, una sorta di competenza automatica⁸. È evidente che, qualora fossero stati già determinati criteri uniformi per le procedure di asilo e il conseguente riconoscimento dello *status* di rifugiato – così come richiesto nelle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere⁹ – non avrebbe avuto importanza alcuna per il richiedente asilo la questione della competenza ad esaminare la domanda. Ma così non è. Sicché esiste il pericolo che vengano adottate pratiche di *refoulement* vietate dalla Convenzione di Ginevra. Occorre perciò stabilire se la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati possa essere considerata quale parametro di legittimità del regolamento in questione, con la conseguenza di renderlo comunitariamente illegittimo, nel caso esso risulti incompatibile con la prima. Con riguardo ai rapporti tra atti comunitari ed accordi internazionali la Corte comunitaria ha affermato che il rispetto di questi ultimi costituisce una condizione di legittimità dei primi, purché essi siano vincolanti per la Comunità e siano azionabili davanti ai giudici nazionali¹⁰. A seguire questo ragionamento dei giudici della Corte, si dovrebbe escludere che la Comunità sia vincolata dalla Convenzione sui rifugiati, in quanto non ne è parte né ha sostituito gli Stati nelle funzioni precedentemente svolte da essi (d'altro canto, la Convenzione di Ginevra non ha effetti diretti, per lo meno secondo la concezione che la Corte ha dell'efficacia diretta dei trattati internazionali). Sennonché, indipendentemente dalle condizioni poste dalla Corte, il richiamo alle norme della Convenzione di Ginevra contenuto nell'art.

⁸ Come giustamente fatto rilevare da parte dell'European Council on Refugees and Exiles, il sistema della Convenzione rinnovato con il regolamento comunitario finirebbe per penalizzare gli Stati membri con frontiere esterne più estese, dove è più facile l'ingresso del richiedente asilo, rispetto agli Stati i cui confini sono più difficilmente raggiungibili. In tal modo si introduce un principio di disuguaglianza tra gli stessi Stati che non può essere visto con favore. Il documento dell'ECRE di commento alla proposta di regolamento è consultabile sul sito www.ecre.org

⁹ Il Consiglio europeo di Tampere ha previsto un doppio passaggio: il primo ha l'obiettivo di procedere a un ravvicinamento di normative per quanto riguarda gli elementi essenziali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato; il secondo una procedura comune in materia di asilo e uno *status* uniforme per coloro che hanno già ottenuto l'asilo.

¹⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1972 in causa n. 21/72, *International Fruit Company e. a. c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, in *Raccolta*, 1972, p. 1219. Nella sentenza la Corte ha escluso la possibilità del ricorso in via pregiudiziale, in riferimento alle norme GATT, ritenendo che tali norme non attribuiscono ai singoli posizioni soggettive azionabili in giudizio. Su tale orientamento della Corte cfr. sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1995 in causa n. C-469/93, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Chiquita Italia*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4533. All'interpretazione restrittiva della Corte va aggiunto l'orientamento della stessa che ha ritenuto di essere competente a giudicare della validità di atti comunitari, nel caso di accordi in ambito WTO, solo qualora gli stessi costituiscono strumenti di esecuzione degli accordi internazionali o rinviano a specifiche norme degli accordi. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 1999 in causa n. C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8395 e sentenza del 5 ottobre 1994 in causa C-280/93, *Germania c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4973.

63 del TCE, comporta che l'atto comunitario deve risultare in armonia con la Convenzione stessa. E, poiché, secondo una costante giurisprudenza comunitaria, un trattato internazionale deve essere interpretato non solo alla stregua del suo tenore letterale, ma anche alla luce dei suoi obiettivi, appare evidente l'incompatibilità tra il meccanismo contemplato nel regolamento e l'obiettivo di protezione che si propone la Convenzione di Ginevra: la tutela del rifugiato contro pratiche di *refoulement*. Tale principio interpretativo, malgrado sia stato applicato riguardo a trattati internazionali conclusi tra la Comunità europea e Stati non membri, dovrebbe valere nei confronti della Convenzione di Ginevra, in quanto posto dalla giurisprudenza comunitaria in termini generali per ogni trattato internazionale e, quindi, anche per quelli sulla protezione dei diritti dell'uomo¹¹, prescindendo dalla circostanza che la Comunità ne sia o meno parte¹². D'altra parte, se l'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati codifica una norma consuetudinaria¹³, esso è vincolante anche per la Comunità, obbligata com'è al rispetto del diritto internazionale generale¹⁴ e quindi ad interpretare la Convenzione del 1951 tenendo conto degli obiettivi ivi previsti. Inoltre, si può invocare la clausola di compatibilità di cui all'art. 307 (ex art. 234) del TCE, che fa salvi gli effetti derivanti da convenzioni concluse prima del 1958, per cui il Trattato non può pregiudicare i diritti e gli obblighi derivanti dalle predette Convenzioni¹⁵, tra le quali è da annoverare la Convenzione di Ginevra. Del resto, questo rilievo trova soste-

¹¹ Nello specifico, il principio ha avuto applicazione nelle controversie relative all'interpretazione dell'Accordo di libero scambio concluso tra la Comunità economica europea e l'Austria del 22 luglio 1972, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 1993 in causa n. C-312/91, *Metalsa*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3751 e massimata in questa *Rivista*, 1993, p. 626 e dell'Accordo di cooperazione concluso con il Regno del Marocco il 27 aprile 1976, cfr. sentenza del 2 marzo 1999 in causa n. C-416/96, *Eddline El-Yassini*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1209 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 80. Cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Siegbert Alber del 14 settembre 2000 in causa n. C-235/99, *The Queen*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6427 relative all'Accordo di associazione con la Bulgaria.

¹² In tal senso vedi quanto sostenuto da STROZZI, secondo cui il richiamo al principale strumento internazionale a tutela dei rifugiati implica la conformità degli atti normativi comunitari con la convenzione di Ginevra, con l'effetto di determinare, in caso di contrasto, l'illegittimità dello stesso atto comunitario, anche in mancanza dei presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia. Cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 86.

¹³ L'art. 31 della Convenzione di Vienna è a favore del metodo obiettivistico di interpretazione dei trattati, infatti: «un trattato deve essere interpretato in 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».

¹⁴ Riguardo all'obbligo, per la Comunità, di rispettare le norme di diritto internazionale generale cfr. sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1998 in causa n. C-162/96, *Racke*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3655 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 630, in cui la Corte ha ammesso la possibilità di esaminare la questione di validità dell'atto comunitario ritenuto in conflitto con la norma di diritto internazionale che, nel caso di specie, era l'art. 65 della Convenzione di Vienna.

¹⁵ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'11 ottobre 2001 in causa n. C-95/99, *Khalil*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7413, in cui la Corte ha dato rilievo decisivo, nel pronunciare la sentenza, al fatto che gli Stati membri hanno contratto, con la Convenzione di Ginevra, obblighi internazionali riguardo ai profughi, già prima della creazione della Comunità. Il caso, in particolare, verteva sulla validità del regolamento n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale dei lavoratori subordinati ai lavoratori autonomi e ai loro familiari.

gno proprio nella succitata sentenza *International Fruit* ove si afferma che la volontà degli Stati membri di rispettare gli obblighi assunti con l'Accordo Generale sulle tariffe e il commercio deriva dall'art. 234 del TCE in quanto l'Accordo impegnava gli Stati membri prima dell'entrata in vigore dei trattati istitutivi¹⁶ (riguardo alla Convenzione di Ginevra va detto che la stessa ha, attualmente, efficacia vincolante per tutti gli Stati membri in virtù di ratifica o perché vi hanno successivamente aderito). Tale orientamento è stato confermato dai giudici della Corte, anche nel caso *Burgoa*¹⁷, nel quale è stato riconosciuto che l'art. 234 del Trattato ha come obiettivo generale quello di consentire agli Stati contraenti di adempiere gli obblighi assunti a livello internazionale precedentemente al TCE e, quindi, la sua sfera di applicabilità riguarda ogni accordo internazionale, indipendentemente dalla materia trattata¹⁸.

A conferma del necessario rapporto di compatibilità che deve sussistere tra i trattati istitutivi e gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani – rapporto che vale anche per gli atti comunitari di diritto derivato – vi è l'esplicito riferimento, in termini generali, all'obbligo di rispettare i diritti dell'uomo (art. 6, par. 1, TUE), e la Convenzione europea del 1950 (art. 6, par. 2, TUE). A ciò bisogna aggiungere il carattere del tutto particolare che hanno le norme della Convenzione di Ginevra, in quanto possono considerarsi norme interposte rispetto all'art. 63 del TCE. Pertanto, come ai sensi dell'art. 76 Cost. i principi e i criteri fissati nella legge di delega funzionano come parametri di costituzionalità della legge delegata, così l'art. 63 del TCE può essere equiparato a una legge di delega i cui parametri, costituiti anche dalle norme interposte della Convenzione, devono essere rispettati come condizione di legittimità del regolamento. Né si può trascurare la circostanza che, se gli Stati membri hanno trasferito alla Comunità poteri in materia di diritto di asilo, tale trasferimento deve intendersi avvenuto con tutte le limitazioni che a tali poteri derivano dalle Costituzioni nazionali e dagli accordi internazionali sui diritti umani, non essendo certo possibile trasferire ad altri più di quanto si abbia.

Anche la Commissione, a seguito del procedimento che ha portato alla revisione della Convenzione di Dublino, è stata posta dinanzi al dilemma se riproporre il criterio regolatore previsto nella Convenzione oppure adottare un meccanismo in base al quale la competenza ricadrebbe in capo allo Stato in cui viene presentata la domanda. La Commissione europea è stata ben conscia del fatto che il criterio che assicura maggiore equità e garanzia giuridica richiederebbe l'esame da parte dello Stato membro in cui viene presentata la domanda, una conclusione, questa, che emerge dalla lettura dei documenti di

¹⁶ Cfr. punti 12 e 13 della sentenza *International Fruit*, cit. supra, nota 10.

¹⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 1979 in causa n. 812/79, *Attorney General c. Burgoa*, in *Raccolta*, 1980, p. 2787 e massimata in questa *Rivista*, 1982, p. 459.

¹⁸ Al punto 6 della sentenza *Burgoa* è scritto, infatti, che: «Art. 234 is of general scope and it applies to any international agreement, irrespective of subject-matter, which is capable of affecting the application of the treaty».

revisione della Convenzione e dalla stessa proposta di regolamento, ma che, allo stato attuale, si rivela essere un meccanismo non attuabile per varie ragioni¹⁹. Vi osterebbero, a giudizio della Commissione, la diversità di condizioni d'accoglienza, che farebbe sì che il richiedente asilo opti per uno Stato piuttosto che un altro, nonché la mancanza di procedure di asilo uniformi, un punto, questo, su cui già la Dichiarazione n. 49 relativa al Protocollo sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'UE, allegato al TCE – il cui obiettivo è anche quello di evitare possibili abusi – si era espressa evidenziando come la strada da percorrere per evitare possibili abusi sia quella del miglioramento delle procedure di esame delle domande di asilo.²⁰

D'altra parte nonostante che, in osservanza di quanto stabilito dall'art. 63 del TCE, il Consiglio dell'Unione europea si sia già avviato verso una normativa che disciplina uniformemente le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e le procedure di asilo, con la direttiva n. 2003/9/Ce del 27 gennaio 2003²¹ recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri e la proposta di direttiva del Consiglio C(2000)578 del 20 settembre 2002 relativa alle procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, le diversità tra le varie leggi nazionali in materia lasciano presumere che l'opportunità o meno di adottare il criterio di cui si discute continuerà a sollevare notevoli dubbi.

A ciò va aggiunta l'impossibilità di presentare ricorso con effetto sospensivo, da parte del richiedente asilo, avverso la decisione di trasferimento in un altro Stato. Tale questione pone come centrale il riconoscimento di una adeguata garanzia giurisdizionale rispetto alla quale, non essendo stata la materia del regolamento comunitarizzata, è mancato l'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia, cui è assegnato il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Nell'auspicio di interventi chiarificatori della Corte di Lussemburgo, è stata chiamata la Corte europea dei diritti dell'uomo a intervenire sulla tutela dei richiedenti asilo in caso di trasferimenti presso altri Stati come previsto dalla Convenzione di Dublino. Il giudicato della Corte di Strasburgo, pur essendo estraneo al sistema comunitario, ha avuto il merito nel caso *TI c. Regno Unito* (decisione sull'ammissibilità del 7 marzo 2000) di sollevare il problema della compatibilità delle disposizioni della Convenzione di Dublino con quelle della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fundamenta-

¹⁹ Cfr. il documento di revisione prodotto dalla Commissione "Revisiting the Dublin Convention: developing Community Legislation for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum submitted in one of the Member States" del 21 marzo 2000, SEC (2000) 522.

²⁰ Sul punto cfr. A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, Cedam, 1998, p. 70.

²¹ In *Guce* n. L 31 del 6 febbraio 2003, p. 18.

li e, in particolare, con l'art. 3 secondo cui «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

La Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'obbligo di rispettare l'art. 3 della Convenzione europea del 1950 è un obbligo assoluto per tutti gli Stati contraenti rispetto al quale non può essere invocato l'adempimento di norme derivanti dalla Convenzione di Dublino riguardanti la responsabilità tra Stati europei ai fini della decisione sulle richieste di asilo. Sul presupposto che accordi internazionali, attraverso cui gli Stati avviano la cooperazione in determinati campi, possono avere implicazioni per la protezione dei diritti fondamentali la Corte stabilisce che: «would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution»²². Ebbene, sembra che le considerazioni svolte riguardo alla Convenzione di Dublino valgono anche rispetto al regolamento comunitario. Infatti, l'argomentazione della Corte - che comunque sulla Convenzione di Dublino non si pronuncia in quanto trattasi di un'interpretazione che le sarebbe preclusa poiché esorbitante dalle sue attribuzioni - secondo cui il respingimento verso uno Stato intermedio non fa venir meno la responsabilità dello stesso Stato di garantire che il richiedente asilo non sia esposto a trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione, può essere estesa anche al regolamento comunitario, in quanto riproduce quasi per intero il contenuto della Convenzione. Del resto, il tema della tutela dei diritti fondamentali, anche prima dell'art. 6 del TUE che ha incorporato il rispetto dei diritti dell'uomo all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, era già stato, e continua ad essere, oggetto di importanti pronunce della Corte di giustizia²³ la quale, for-

²² Cfr. anche *Waite e Kennedy c. Germania* del 18 febbraio 1999, richiamata dalla stessa Corte di Strasburgo in sentenza.

²³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft MbK Einfuhr und Vorrasstelle fur Getreide und Futtermittel*, in *Raccolta*, 1970, p. 1125; sentenza del 14 maggio 1974 in causa n. 4/73, *Nold*, in *Raccolta*, 1974, p. 491; sentenza del 13 dicembre 1979 in causa n. 44/79, *Hauer*, in *Raccolta*, 1979, p. 3727; sentenza del 26 giugno 1980, *National Panasonic c. Commissione* in causa n. 136/79, in *Raccolta*, 1980, p. 2033; sentenza dell'11 luglio 1985 in causa n. 60/84, *Cinétheque c. Fédération nationale des cinémas français*, in *Raccolta*, 1985, p. 2605; sentenza del 30 settembre 1987 in causa n. 12/86, *Demirel c. Stadt Schwabisch Gmund*, in *Raccolta*, 1987, p. 3719 e in questa *Rivista*, 1989, p. 357 con commento di A. CECCHIERI, *Riflessioni sul caso Demirel*, 1989, p. 363; sentenza del 24 marzo 1994 in causa n. C-2/92, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 955; sentenza del 10 luglio 2003 in causa n. C-20/00 e n. C-64/00, *Booker and Hydro Seafood*, (non ancora pubblicata) o, anche, sul rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo cfr. sentenza del 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, in *Raccolta*, 1984, p. 1651. Anche la dottrina è copiosa, si vedano: P. ALSTON (a cura di), *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999; A. CASSESE - A. CLAPHAM - J. WEILER (a cura di), *Human Rights and the European Community*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991; J. COPPEL - A. O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Human Rights Seriously?*, in *Legal Studies*, 1992, p. 227 ss.; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 577; L. B. KROSGARD, *Fundamental Rights in the European Community after Maastricht*, in *Leg. Issues Eur. Integr.*, 1993, p. 99; F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Cor-*

nita di nuove competenze in materia di asilo, non potrà prescindere dal parametro di riferimento indicato nell'art. 63 del TCE e costituito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e il successivo Protocollo del 1967, in quanto *minimum standard* in materia di diritto di asilo. In conclusione, si può dire che la sentenza della Corte di Strasburgo ripropone la dibattuta questione dei rapporti tra i giudicati delle due Corti come parte del più ampio problema dei rapporti tra il sistema giuridico della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quello dei trattati comunitari. Nel ripercorrere le tappe di una problematica che se da una parte, come è noto, ha trovato un punto di arrivo nel parere n. 2/94 espresso dalla Corte di giustizia²⁴, dall'altra si arricchisce continuamente di nuovi spunti di riflessione tra i quali, non ultimo, vi è quello relativo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea firmata a Nizza²⁵, va detto che la sempre maggiore rilevanza che la tematica dei diritti fondamentali ha in ambito comunitario richiede che l'interpretazione del giudice comunitario faccia propria quella della Corte di Strasburgo. Tanto più che una materia come quella in esame, stante il trasferimento di competenze alle Comunità, comporterà una serie di problematiche tra le quali la valutazione della responsabilità dello Stato membro della Comunità allorché la violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali derivi dalle misure poste in essere per completare o eseguire il regolamento comunitario, qualora lo stesso regolamento lasci un margine di autonomia allo Stato. Un problema che, comunque, sussiste anche in caso di effetti che si producono automaticamente senza, cioè, che siano necessarie misure di attuazione da parte dello Stato membro.

Riccardo Rossano*

te di Giustizia delle Comunità europee, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 1989, p. 1; N. NEUWAHL - A. ROSAS (a cura di), *The European Union and Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1995; S. NEGRI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario alla luce del Trattato di Amsterdam*, in *Dir. un. eur.*, 1997, p. 773; E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità Europea dopo Maastricht*, *ivi*, 1996, p. 163; G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión europea*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, Milano, Giuffrè, 1998, vol. II, p. 831; G. TESAURO, *I principi fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, p. 426.

²⁴ La letteratura di riferimento sulla questione è ampia, tra gli altri, cfr. F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 5 e G. GAJA, *L'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Roma*, LUISS - Roma, atti del convegno 17-18 dicembre 1993.

²⁵ Per i problemi di coordinamento tra la Carta europea e la Convenzione europea sui diritti dell'uomo cfr. B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea* (a cura di L. S. ROSSI), Milano, Giuffrè, 2002, p. 3, ove si osserva che nonostante la tendenza della Corte comunitaria ad allinearsi sulle posizioni espresse dalla Corte di Strasburgo, non mancano casi di divergenza tra le due istanze giudiziarie.

* Professore a contratto presso la LUMSA (Libera Università Maria SS. Assunta) di Roma – Sezione distaccata di Taranto.

DOCUMENTAZIONE

LIBERALIZZAZIONE DEL TRASPORTO FERROVIARIO LOCALE E ASSEGNAZIONE DEI SERVIZI IN REGIME DI LIBERA CONCORRENZA

AS262 dell'8 luglio 2003 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato relativa al reperimento di materiale rotabile ferroviario necessario per l'espletamento delle gare per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale*

(Omissis)

In data 20 gennaio 2003, la Regione Umbria ha inviato una richiesta di parere in ordine alle modalità di reperimento del materiale rotabile necessario per l'espletamento dei servizi ferroviari di competenza regionale, secondo quanto previsto dall'art. 18 del dlgo n. 11 novembre 1997, n. 422, «Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'art. 4, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59», come modificato dall'art. 45 della legge 1° agosto 2002, n. 166, «Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti».

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287/90, intende svolgere alcune considerazioni in merito all'art. 45 succitato nella parte in cui prevede che «Il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali per l'effettuazione del servizio non costituisca in alcun modo elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti. Il bando di gara deve altresì assicurare che i beni di cui al periodo precedente siano, indipendentemente da chi ne abbia, a qualunque titolo, la disponibilità, messi a disposizione del gestore risultato aggiudicatario a seguito di procedura ad evidenza pubblica».

(Omissis)

Gli ostacoli alla liberalizzazione del trasporto ferroviario locale *(Omissis)*

Le caratteristiche della domanda e dell'offerta del mercato della produzione e commercializzazione del materiale rotabile *(Omissis)*

* In *Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, n. 26 del 14 luglio 2003, p. 49 ss. In argomento v. *infra*, p. 387 ss., il commento di IRENE PICCIANO.

Le problematiche concorrenziali connesse alle gare per l'aggiudicazione del trasporto ferroviario locale di competenza regionale

Tutto quanto precede induce a ritenere che esiste, allo stato, un problema di ordine concorrenziale che rischia di vanificare il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario locale. L'oggettiva difficoltà di reperire materiale rotabile, dato l'attuale assetto organizzativo del gruppo FS e le caratteristiche della produzione da ultimo evidenziate, rende difficile sia la predisposizione concreta dei bandi di gara sia la partecipazione alle procedure competitive di imprese ferroviarie diverse da Trenitalia.

In particolare, i principali ostacoli alla predisposizione di procedure effettivamente competitive derivano dal fatto che Trenitalia è titolare della quasi totalità del materiale rotabile attualmente in uso e dal fatto che durante il periodo transitorio nessuna amministrazione regionale né i potenziali concorrenti di Trenitalia si sono dotati di materiale rotabile.

Tale difficoltà rischia di essere esasperata in considerazione della tendenza, riscontrata a livello regionale, di dare corpo a progetti di costituzione di società di trasporto ferroviario nelle quali sono destinate a confluire le società di gestione delle ferrovie in concessione, le Regioni, gli altri Enti locali e Trenitalia. Tali progetti, infatti, non solo non costituiscono una soluzione al problema ma, ove fossero concretamente realizzati, raggrupperebbero tutti gli interessi costituiti in un unico soggetto che, diversamente dai potenziali nuovi entranti, avrebbe in dotazione tutto il materiale rotabile finanziato con risorse statali e regionali e, con esso, un rilevante vantaggio competitivo in grado di scoraggiare, in sede di procedura concorsuale, qualsiasi potenziale concorrente.

Peraltro, in questo contesto ha inciso non poco il dibattito seguito all'approvazione dell'art. 45 della legge n. 166/2002, che ha modificato l'art. 18 del dlgs n. 422/1997 nei termini sopra ricordati.

Tale disposizione, in particolare, ha indotto alcune amministrazioni a ritenere che il materiale rotabile fosse incluso tra le «altre dotazioni patrimoniali» necessarie per l'effettuazione del servizio, al pari delle reti e degli impianti, e che, di conseguenza, incombesse sulla società del gruppo preposta alla sua gestione, Trenitalia, l'obbligo di messa a disposizione del medesimo materiale rotabile a favore dell'impresa aggiudicataria.

L'esplicito riferimento al carattere di essenzialità delle altre dotazioni patrimoniali necessarie allo svolgimento del servizio di trasporto ferroviario di competenza regionale richiede, in termini concorrenziali, una riflessione sull'applicabilità al caso di specie della dottrina dell'*essential facility*, così come delineata negli orientamenti della giurisprudenza nazionale e comunitaria¹⁰.

Al riguardo, va rilevato che anche laddove si possa attribuire al materiale rotabile il carattere di essenzialità, ai sensi dell'art. 45 della legge n. 166/2002, tale eventualità rappresenterebbe un presupposto necessario ma non sufficiente ai fini della qualificazione del bene come *essential facility* e del conseguente obbligo di garantirne l'accesso a chiunque ne faccia richiesta. A tal fine, è infatti necessario verificare la

¹⁰ Cfr. Tribunale di primo grado delle Comunità europee, sentenza del 15 settembre 1998 in cause riunite n. T-374/94, n. T-375/94, n. T-384/94 e n. T-388/94, *European Night Services Ltd ed altri c. Commissione delle Comunità europee*.

sussistenza dell'ulteriore presupposto della non convenienza della duplicazione della risorsa a costi socialmente sostenibili.

Nel caso di specie, l'Autorità ritiene che il materiale rotabile, sebbene essenziale per l'esercizio dei servizi di trasporto ferroviario di competenza regionale e seppur di difficile reperibilità sul mercato, non possa considerarsi non duplicabile a costi socialmente sostenibili e pertanto non può essere riconosciuto ad esso il carattere di *essential facility*.

D'altro canto, l'attribuzione al materiale rotabile del carattere di *essential facility* e il conseguente obbligo a contrarre in capo a Trenitalia non sembrano configurare un'ipotesi desiderabile sotto il profilo concorrenziale. Una tale eventualità, infatti, da un lato finirebbe per creare una situazione di dipendenza dei nuovi entranti dalle strategie del titolare del materiale rotabile, dall'altro potrebbe favorire comportamenti opportunistici da parte delle imprese che ne sono prive.

Le possibili soluzioni

Tutto quanto sopra premesso, si può conclusivamente dare atto che il quadro della liberalizzazione del trasporto pubblico locale con riguardo al trasporto ferroviario presenta una serie di criticità di non facile soluzione. In primo luogo, il quadro normativo non è di univoca interpretazione e per di più esso è ancora in via di definizione. In secondo luogo, non risulta ad oggi esistente un mercato del materiale rotabile accessibile alle imprese nuove entranti che intendano partecipare alle gare indette dalle Regioni. Infine, non sembra potersi ravvisare un obbligo generalizzato di messa a disposizione del materiale rotabile da parte di Trenitalia, che attualmente lo detiene per la quasi totalità, in quanto detto materiale, per le ragioni sopra evidenziate, non può essere qualificato come infrastruttura essenziale.

A fronte di tale contesto e nonostante le incertezze che ne derivano, appare tuttavia opportuno accelerare quanto più possibile il processo di liberalizzazione del settore, voluto dal legislatore fin dal 1997, al fine di conseguire una maggiore efficienza nei servizi pubblici di trasporto locale.

Ciò detto, sebbene l'attuale quadro normativo non sia di facile lettura, ed in particolare la norma di cui all'art. 45 del dlgo n. 422/97 meriti di essere più chiaramente esplicitata, l'Autorità intende evidenziare che l'insieme delle disposizioni normative possono essere interpretate in maniera tale da favorire prontamente l'apertura del mercato, piuttosto che il proseguimento delle situazioni di monopolio esistenti. In tal senso, l'Autorità ritiene che l'impulso maggiore alla liberalizzazione possa essere impresso mediante l'espletamento delle gare fin da subito e comunque entro il termine attualmente previsto (31 dicembre 2003), secondo le modalità che di seguito vanno ad individuarsi ed in linea con quanto previsto dal dlgo n. 422/1997, in maniera tale da non discriminare tra i diversi partecipanti.

Va in primo luogo osservato che, com'è ovvio, laddove l'amministrazione regionale disponga già del materiale rotabile necessario per lo svolgimento del servizio, essa dovrà limitarsi ad aggiudicare il servizio all'impresa in grado di garantirne la gestione più efficiente, mettendo a disposizione dell'aggiudicatario il materiale rotabile di cui è titolare.

Ove invece l'amministrazione regionale non sia titolare di materiale rotabile proprio, essa dovrebbe:

a. garantire che, nel selezionare il nuovo gestore del servizio di trasporto ferroviario regionale, la disponibilità attuale del materiale rotabile in capo ai partecipanti alle gare non costituisca un fattore di discriminazione tra gli stessi partecipanti, coerentemente con quanto disposto dall'art. 45 della legge n. 166/2002;

b. aggiudicare la gara all'impresa in grado di offrire l'intero servizio di mobilità alle condizioni economicamente più vantaggiose, predisponendo un bando di gara che valuti congiuntamente le offerte relative alla gestione del servizio di trasporto e le caratteristiche e la qualità del materiale rotabile. In tale ultimo caso, la disponibilità dello stesso materiale dovrebbe essere comprovata dai partecipanti alla gara mediante la produzione di adeguata documentazione. Tuttavia, poiché, da una parte, il materiale rotabile non è facilmente reperibile e, dall'altra, occorre evitare che i diversi partecipanti siano discriminati, l'amministrazione regionale dovrebbe mettere in condizione l'aggiudicatario di disporre del materiale rotabile, a tal fine prevedendo che l'attività dell'aggiudicatario stesso abbia inizio solo dopo che sia trascorso il più breve tempo compatibile con quello necessario perché il vincitore della gara reperisca sul mercato il materiale rotabile indispensabile per lo svolgimento dei servizi¹¹.

Ad avviso dell'Autorità, tale ultima modalità di effettuazione delle gare appare avere il pregio di favorire lo sviluppo di un mercato della produzione o del *leasing* di materiale rotabile e, per questa via, garantire, da un lato, l'ingresso di nuovi operatori effettivamente competitivi, dall'altro, il miglioramento della qualità dei servizi nel settore del trasporto ferroviario locale.

Da ultimo, nel richiamare quanto sopra ricordato circa il rischio di un ulteriore slittamento del processo di liberalizzazione dei servizi di trasporto ferroviario locale per effetto di nuove proroghe introdotte per legge¹², in primo luogo si ribadisce quanto già rilevato in merito alla necessità di limitare la durata dei periodi transitori e solo in ragione di giustificazioni obiettive¹³. In secondo luogo, valga osservare che, ove tali proroghe fossero applicabili ai servizi in questione e l'attuale scadenza delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica venisse posticipata dal 31 dicembre 2003 al 31 dicembre 2006, sarebbe in ogni caso opportuno che le gare venissero effettuate fin da subito, secondo i criteri sopra suggeriti e in modo tale da tenere adeguatamente conto del tempo necessario alle imprese partecipanti alle gare per reperire il materiale rotabile: solo così, infatti, potrà essere garantita l'effettiva operatività del servizio entro l'ultima scadenza fissata. In altre parole, l'ulteriore periodo transitorio verrebbe utilmente impiegato, in tal modo, al fine di conseguire gli obiettivi della liberalizzazione entro il più breve termine possibile.

Le considerazioni svolte dall'Autorità in questa segnalazione si propongono di offrire un contributo ai fini di una corretta e tempestiva attuazione del quadro normativo in tema di liberalizzazione del trasporto ferroviario locale e della realizzazione di mercati effettivamente aperti alla libera concorrenza.

(*Omissis*)

¹¹ Si ricorda che, a questo stadio di sviluppo del mercato della produzione del materiale rotabile e del *leasing* dello stesso, 24-36 mesi costituiscono un periodo di tempo necessario e sufficiente ad ottenere tale materiale.

¹² Cfr. il Disegno di legge n. 1798-B, attualmente in discussione alle Camere.

¹³ Cfr. AS125 «Trasporto pubblico locale», in *Boll.* 8/1998.

I CONFINI INTERPRETATIVI DELLA DOTTRINA DELL'ESSENTIAL FACILITY E SUA APPLICAZIONE AL MERCATO DEL TRASPORTO FERROVIARIO IN ITALIA: PROBLEMI E LIMITI

Sommario: **I.** *Introduzione* - **II.** *L'applicazione della dottrina dell'essential facility in ambito comunitario e nazionale* - **III.** *La definizione di essential facility* - **IV.** *Il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario nell'UE e in Italia* - **V.** *Confini applicativi dell'essential facility doctrine al trasporto ferroviario* - **VI.** *Conclusioni.*

I. Introduzione

Il ricorso alla dottrina dell'*essential facility* ha indubbiamente rappresentato uno strumento indispensabile all'apertura ed alla liberalizzazione di quei mercati nei quali, fino allo scorso decennio, l'esistenza di una infrastruttura essenziale, costituiva di per sé la ragion d'essere di sistemi di monopolio legale inaccessibili a nuovi concorrenti.

Telecomunicazioni, energia, servizi postali e trasporti sono tra gli esempi più rappresentativi di quei settori in cui – sotto la spinta europea – il processo di liberalizzazione, seppur tra notevoli difficoltà ed incertezze, si è imposto nel nostro Paese.

In tali mercati – sulla scorta della copiosa, sebbene incerta, prassi applicativa e giurisprudenza comunitaria e nazionale – il riferimento alla essenzialità della *facility* è divenuto fondamentale per giustificare i processi di regolamentazione e di accesso alle infrastrutture affinché in essi si potesse giungere ad un regime di concorrenza effettiva¹.

¹ In termini generali, emerge con chiarezza l'intenzione del legislatore comunitario di riferirsi alla dottrina delle *essential facilities* a cominciare dai settori caratterizzati dalla presenza di ex mo-

Pur tuttavia, all'utilizzo sempre maggiore della dottrina dell'*essential facility*, si contrappone una ancora incerta definizione degli esatti confini e contenuti (finanche imprescindibilmente economici) caratterizzanti tale fattispecie. Il presente scritto si propone di analizzare alcune delle ambiguità applicative ancora esistenti, emerse in rapporto a due recenti decisioni – l'una comunitaria, l'altra nazionale – connesse alla liberalizzazione del mercato del trasporto ferroviario in Italia.

II. L'applicazione della dottrina dell'*essential facility* in ambito comunitario e nazionale

Affermatasi originariamente negli Stati Uniti², la dottrina dell'*essential facility* impone ad un'impresa che detiene il controllo di una infrastruttura essenziale³ – il cui utilizzo è necessario per competere – l'obbligo di renderla accessibile ai concorrenti a condizioni non discriminatorie.

Sul versante comunitario, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia ha sempre mostrato particolare prudenza nel riferirsi a tale dottrina. Nondimeno, le sue "caute" decisioni – dettate altresì dalla necessità di evitare profonde ingerenze nelle prerogative insite nella libertà dell'agire negoziale spettanti alle imprese in virtù dei diritti di proprietà vantati sull'infrastruttura⁴ – possono essere interpretate come un'applicazione implicita dei principi elaborati in argomento⁵. Diversamente, il Tribunale di prima istanza ha richia-

nopolisti detentori di risorse essenziali. Tra i più recenti interventi, si pensi, ad esempio, alla codificazione dell'*essential facility doctrine* ai servizi postali (cfr. 6° *considerando* della direttiva n. 2002/39/Ce, in *Guce* n. L 176 del 5 maggio 2002, per l'apertura alla concorrenza dei servizi postali della Comunità, «(...) la rete postale rurale, in particolare nelle regioni montuose e insulari, [e] (...) gli uffici postali rurali di cui sopra possono costituire una rete infrastrutturale d'importanza essenziale per consentire l'accesso universale alle nuove tecnologie delle telecomunicazioni (...)»).

² Nella giurisprudenza statunitense, v. *leading cases: United States v. Terminal Railroad Association of Saint Louis*, 224 US 383 (1912); *United States v. Griffith*, 334 US 100, 1948; *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366, 1973; *MCI Communications v. AT&T*, 464 US 891, 1983; *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp.*, 472 US 585, 1985.

³ Sulle caratteristiche idonee a connotare l'«essenzialità» dell'infrastruttura, v. *infra*, sub par. III.

⁴ Sui confini tra *essential facilities* e protezione della libertà di iniziativa economica, BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 1, 1999, p. 149 ss.

⁵ Corte di giustizia: 6 aprile 1995 in cause riunite n. C-241/91 P e n. C-242/91 P, *Magill*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 743; 26 novembre 1998 in causa n. C-7/97, *Oscar Bronner c. Mediaprint*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7791 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 469; più in generale, v. 6 marzo 1974 in cause riunite n. 6 e n. 7/73, *Commercial Solvents c. Commissione*, in *Raccolta*, 1974, p. 223; 3 ottobre 1985 in causa n. 311/84, *Telemarketing*, in *Raccolta*, 1985, p. 3261; 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *ERT*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2925; 13 dicembre 1991 in causa n. C-18/88, *RTT c. GB-Inno*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5941. Da ultimo si veda altresì la recentissima Corte di giustizia, 29 aprile 2004 in causa n. C-418/01, *IMS Health GmbH c. NDC Health GmbH*, non ancora pubblicata.

mato esplicitamente tale dottrina in diverse occasioni⁶.

Filo conduttore, in entrambi i casi, è che l'impresa in posizione dominante riconosca un diritto di accesso, a condizioni eque, alle infrastrutture di cui è titolare nell'ipotesi in cui il loro utilizzo sia indispensabile allo svolgimento di determinate attività concorrenziali da espletarsi in mercati (molto spesso) a valle o distinti, sebbene contigui, a quello della stessa infrastruttura.

Nella prassi applicativa, la Commissione ha, invece, richiamato la nozione di infrastrutture essenziali in una serie di casi tra cui, alcuni dei più significativi, relativi al rifiuto di accesso ad infrastrutture aeroportuali⁷.

In via generale, l'organo di governo comunitario ritiene che, in presenza di determinati presupposti, negare ad un concorrente l'accesso ad un'infrastruttura essenziale – sia essa rappresentata da un prodotto, un servizio od un sistema di distribuzione – costituisca di per sé un abuso di posizione dominante «anche in mancanza di altri elementi»⁸ precisando altresì che «tale principio si applica quando il concorrente intenzionato ad accedere all'infrastruttura essenziale è nuovo sul mercato di cui trattasi»⁹.

In tutte le fattispecie esaminate, l'effetto riscontrabile è che l'impresa detentrica del monopolio sull'infrastruttura si avvale della propria egemonia per riservarsi o per rafforzare la propria posizione nel mercato contiguo ai danni delle imprese concorrenti sul mercato a valle.

Per stabilire se un'infrastruttura sia essenziale o meno, la Commissione valuta la gravità dello svantaggio e accerta se esso sia permanente o meramente temporaneo. Il criterio da applicare è stato descritto come consistente nell'esaminare se lo svantaggio risultante dal diniego di accesso possa logicamente rendere l'attività dei concorrenti sul mercato di cui trattasi impossibile

⁶ Tribunale di primo grado: 18 settembre 2001 in causa n. T-112/99, *Métropole télévision (M6)*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 2459; 25 marzo 1999 in causa n. T-102/96, *Gencor Ltd.*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 753; 15 settembre 1998 in cause riunite n. T-374/94, n. T-375/94, n. T-384/94 e n. T-388/94, *European Night Services*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 3141; da ultimo v. ordinanza del Presidente del Tribunale di primo grado del 26 ottobre 2001 in causa n. T-184/01 R, *IMS Health c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 3193. In data 2 ottobre 2003 sono state presentate le conclusioni dell'Avvocato Generale.

⁷ Decisioni della Commissione: 21 dicembre 1993, *Sea Containers c. Sealink*, in *Guce* n. L 15 del 18 gennaio 1994; 21 dicembre 1993, *Installazioni del porto di Rodby*, in *Guce* n. L 55 del 26 febbraio 1994; nella prassi decisionale della Commissione, si ricordano altresì le seguenti decisioni della Commissione: 4 novembre 1988, *London European c. Sabena*, in *Guce* n. L 317 del 24 novembre 1988; 26 febbraio 1992, *British Midland c. Aer Lingus*, in *Guce* n. L 96 del 10 aprile 1992; 29 marzo 1994, *HOV-SVZ c. MCN (ferrovie tedesche)*, in *Guce* n. L 104 del 23 aprile 1994; 14 gennaio 1998, *Flughafen Frankfurt c. Main AG*, in *Guce* n. L 72 dell'11 marzo 1998.

⁸ Quali l'associare tra loro delle vendite, la discriminazione nei confronti di un altro concorrente indipendente, la cessazione delle forniture a taluni clienti o l'agire deliberatamente per danneggiare un concorrente; cfr. *Oscar Bronner c. Mediaprint*, *cit. supra*, nota 5, (si può però osservare che in molti dei casi da essa trattati questi elementi ulteriori erano presenti in maggiore o minore misura).

⁹ Cfr. *Oscar Bronner c. Mediaprint*, *loc. cit.*, par. 50; altresì, Commissione delle Comunità europee, *XXV Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 1995, in cui la Commissione afferma che «(...) un mercato interno realmente aperto alla concorrenza implica che non vi siano restrizioni all'ingresso di nuove società sul mercato per competere con quelle che già vi operano (...)».

ovvero permanentemente, gravemente e inevitabilmente antieconomica¹⁰. Trattasi di un criterio oggettivo che, come vedremo, riguarda i concorrenti nella loro generalità.

In ambito nazionale, infine, l'Autorità garante, a partire dalla metà degli anni Novanta, ha più volte richiamato i principi elaborati in argomento dalla giurisprudenza e dalla prassi decisionale comunitaria, riferendosi alla nozione di infrastrutture essenziali in quelle ipotesi in cui l'esercizio del controllo sull'infrastruttura o la risorsa pregiudichi la concorrenza nei settori di attività per i quali l'accesso alla *facility* risulti essere un indispensabile presupposto, a causa dell'assenza di risorse alternative¹¹.

III. La definizione di una *essential facility*

Sulla base di tali precedenti e sulla scorta dell'esperienza nordamericana, è stato quindi possibile individuare i principali criteri sottesi all'applicazione della dottrina delle *essential facilities*. Essi risultano *i.* nel controllo di una infrastruttura essenziale da parte di un'impresa dominante detentrica del monopolio; *ii.* nel rifiuto all'uso della *facility* a danno del concorrente; *iii.* nel carattere indispensabile dell'*asset* in mancanza di una struttura alternativa duplicabile a costi socialmente sostenibili.

In termini economici, provando a schematizzare quanto ampiamente illustrato da una parte della dottrina¹², queste condizioni andranno a tradursi in: *i.* condivisibilità; *ii.* essenzialità e *iii.* non duplicabilità dell'infrastruttura.

Brevemente, l'elemento della condivisibilità – in senso tecnico¹³ e/o economico¹⁴ – sta ad indicare che l'offerta dell'*asset* ai nuovi concorrenti, non implicherà di per sé, da parte del detentore originario dell'infrastruttura, una rinuncia al consumo od ai profitti derivanti dalla fruizione dello stesso perciocché, con la cessione, il proprietario iniziale non potrà più disporre del bene in futuro.

¹⁰ TEMPLE LANG, *Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities*, in *Fordham International Law*, vol. 18, 1994.

¹¹ Tra i precedenti italiani nel settore delle telecomunicazioni, provvedimenti AGCM: 10 gennaio 1995, *Telsystem c. Sip*; 26-27 aprile 1995, *Sign c. Stet-Sip*. Tra i precedenti relativi alle infrastrutture aeroportuali ed al trasporto aereo: 2 marzo 1995, *De Montis Catering Roma c. Aeroporti di Roma*; 25 novembre 1996, *Alitalia c. Air One*. In materia di accesso ad infrastrutture per lo stoccaggio e la movimentazione dei carburanti, 6 giugno 1996, *Fina c. Italtipetroli*.

¹² DURANTE - MOGLIA - NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione ed anti-trust. La costruzione di un test*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 2, 2001, p. 257 ss.; altresì, PROSPERETTI, *La regolamentazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, Il Mulino, 2001.

¹³ La fruizione del bene da parte di più soggetti non diminuisce la quantità disponibile per ciascuno (assenza di rivalità): cfr. DURANTE - MOGLIA - NICITA, *La nozione di essential facility*, loc. cit.

¹⁴ La fruizione del bene da parte di più soggetti non diminuisce i guadagni attesi (profitabilità): cfr. DURANTE - MOGLIA - NICITA, *La nozione di essential facility*, loc. ult. cit.

Se l'*asset* è condivisibile, il secondo passo consiste nel verificarne il carattere dell'essenzialità inteso come indispensabilità e non agevole sostituibilità dello stesso con altri, per lo svolgimento di medesime attività. Una parte della dottrina economica¹⁵ osserva che «l'essenzialità costituisce una condizione necessaria alla individuazione della condizione di non-duplicabilità» che andrebbe perciò analizzata finanche prima di «misurarsi sull'esistenza della condizione di non-duplicabilità». Tale considerazione è basata sul fatto che, sebbene non duplicabile, l'infrastruttura potrebbe comunque risultare sostituibile con altre, ovvero non necessaria, determinando così il venir meno della presunta essenzialità dell'*asset* stesso.

I parametri che misurano il carattere dell'essenzialità andranno verificati, per un verso, valutando se realmente il diniego della condivisione della *facility* comporti la mancata creazione di nuovi mercati¹⁶ o la permanenza di una struttura monopolistica od oligopolistica sui mercati a valle della struttura (necessità) e, per l'altro, individuando il grado di fungibilità dell'infrastruttura, sulla base di parametri – precipuamente economici – afferenti le caratteristiche strutturali, lo stadio del processo produttivo/distributivo, i costi aggiuntivi nonché le variazioni della produttività, connesse alla sostituzione dell'*asset* stesso (sostituibilità).

Quale ultimo imprescindibile elemento, una volta riscontrato il sussistere dell'essenzialità, occorrerà, infine, verificare il requisito connesso alla non duplicabilità della *facility* da intendersi come impossibilità – sotto il profilo giuridico, tecnico e/o economico – di riprodurre la stessa.

Mentre l'accertamento delle barriere di natura tecnica o giuridica sembra essere più facilmente riscontrabile¹⁷, maggiori dubbi interpretativi e, di conseguenza, applicativi, si associano alla individuazione dei parametri in senso economico ostativi alla duplicabilità¹⁸. Cercando di fornire un inquadramento unitario di questa fattispecie, essa potrebbe vedersi tradotta nell'insostenibilità dei costi ed investimenti associati alla riproduzione dell'*asset*. D'altro canto, ciò non elimina l'ulteriore e ben più complessa necessità di valutare su cosa si fondi realmente il giudizio di "sostenibilità" e quale sia il parametro soggettivo di riferimento.

Così, nell'interpretazione della Suprema Corte europea il giudizio sulla possibilità di realizzare la *facility* alternativa sembra dover prescindere completamente dalle condizioni economiche (di maggiore o minore debolezza) e

¹⁵ DURANTE - MOGLIA - NICITA, *La nozione di essential facility*, cit. *supra*, nota 12.

¹⁶ Si veda ad esempio quanto previsto dalla Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni, in *Guce* n. C 265 del 1998.

¹⁷ Si pensi, da ultimo, al caso *IMS c. Health Care*, cit. *supra*, nota 6.

¹⁸ AREEDA, *Essential Facility: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 58, 1990.

dalla posizione di mercato del soggetto richiedente dovendosi provare invece «che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema da parte di un'impresa che abbia una dimensione economica paragonabile a quella che ha realizzato l'infrastruttura di cui trattasi»¹⁹.

Questa ricostruzione implicherebbe una concezione fortemente restrittiva del requisito della non duplicabilità della *facility* richiedendo una sorta di impossibilità in termini assoluti alla duplicazione, la quale, secondo parte della letteratura economica *antitrust*²⁰ sarebbe riscontrabile nelle sole situazioni di monopolio naturale²¹. Una simile astrazione dal contesto concorrenziale potrebbe però stridere con la *ratio* della dottrina stessa che non può prescindere dall'analisi del mercato dei beni e servizi offerti attraverso la *facility*²² dovendo inevitabilmente valutare la posizione dei soggetti che operano od intendono operare sui mercati per i quali l'accesso alla risorsa risulti, in teoria, necessario, ovvero misurarsi con considerazioni attinenti alla mancanza di redditività/profittabilità²³ degli investimenti realizzati a causa delle condizioni del mercato²⁴.

È pur vero, però, che aderire per eccesso a tale seconda impostazione potrebbe portare ad inevitabili degenerazioni ove l'insostenibilità rischierebbe di tramutarsi in una semplice valutazione di opportunità, di convenienza economica, in seguito alla quale, una medesima *facility* potrebbe rivestire il carattere dell'essenzialità in relazione ad alcuni concorrenti (più deboli ovvero nuovi entranti) e risultare, invece, non essenziale per quei giocatori magari già presenti e molto forti su altri mercati (contigui o geografici) e desiderosi di fare il proprio ingresso in quello apparentemente precluso²⁵.

Individuati i suoi confini di applicabilità oggettivi, sul piano fattuale, invece, la diversa problematica consiste nello stabilire in che termini la presenza di una *facility* incida sulla impossibilità già di per sé incombente all'impresa in posizione dominante di opporre ai terzi un rifiuto in assenza di fondati motivi che lo giustifichino. Difettando tale elemento di ulteriore connotazione, difatti, il diniego di fornitura varrebbe semplicemente ad integrare una

¹⁹ Corte di giustizia, *Oscar Bronner*, cit. supra, nota 5, par. 46.

²⁰ DURANTE - MOGLIA - NICITA, *La nozione di essential facility*, cit. supra, nota 12.

²¹ In dottrina, SHARKEY, *The theory of natural monopoly*, Cambridge University Press, 1982.

²² BERTI, *L'essential facility nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 6, 1998, p. 355 ss.

²³ In tal senso si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, 28 maggio 1998, nella causa *Oscar Bronner*, loc. cit., par. 66.

²⁴ Cfr. DURANTE - MOGLIA - NICITA, *La nozione di essential facility*, loc. cit., che individuano nella "saturazione" una delle possibili condizioni ostative alla duplicabilità.

²⁵ A tale riguardo, un giusto contemperamento tra eccessive astrazioni e possibili degenerazioni, potrebbe essere rappresentato, secondo BERTI (*L'essential facility*, loc. cit.) dalle situazioni di c.d. «monopolio precario» facilmente attaccabili da terzi su altri mercati le quali non dovrebbero quindi mai dar luogo ad un'essential facility, mancando in essi il connotato della stabilità della posizione del monopolista.

delle molteplici fattispecie abusive analizzate nella prassi applicativa comunitaria e nazionale senza la necessità di elaborare principi differenti cui si associno, appunto, obblighi di condotta in merito alla libertà di agire negoziale, ben più severi di quelli normalmente gravanti sull'impresa in posizione dominante. A quest'ultimo riguardo, difatti, forti perplessità ed incertezze sono state espresse rispetto ad una fattispecie che secondo molti commentatori non avrebbe una sua autonoma ragion d'essere²⁶. Se così fosse, il concetto di *essential facility* sarebbe privo di qualunque portata precettiva risolvendosi nella esemplificazione di una peculiare forma di dominanza cui si assocerebbero i normali e consolidati parametri di valutazione in tema di comportamenti abusivi sanzionabili (rifiuto di fornitura, discriminazione, abuso di dipendenza economica). Pur in considerazione della pluralità di argomentazioni espresse in argomento²⁷, volendo invece tentare di attribuire a questo istituto un'autonoma caratterizzazione, l'elemento di differenziazione andrebbe rinvenuto nella portata generale dell'obbligo di condotta che, in quanto tale, si affermerebbe indistintamente a beneficio di chiunque e legittimerebbe le autorità di concorrenza ad andare ben oltre i propri poteri sanzionatori, finanche individuando i contenuti e la portata dello stesso. Proprio in considerazione di ciò, un utile elemento di riflessione potrebbe essere rappresentato dal fatto se le regole di concorrenza non impediscono all'impresa in posizione dominante – benché investita di una "speciale responsabilità" – di competere lealmente in base ai meriti ed anche agli sforzi economici profusi nel conquistare la propria posizione di mercato, è altrettanto vero che, quantomeno in situazioni di monopolio legale, un obbligo generalizzato ed indistintamente applicabile ai terzi di mettere a disposizione la propria risorsa potrebbe derivare dalla circostanza che quest'ultima non risulti effettivamente espressione dei meriti dell'impresa e quindi non rappresenti il frutto della superiorità acquisita nell'arena competitiva²⁸. In un normale contesto di mercato, la presenza di fattori "esogeni" all'impresa rappresenterebbe, se vogliamo, un ulteriore *test* alla non duplicabilità in senso assoluto di un *asset*, in quanto il c.d. «*duty to share*» conseguirebbe all'effettiva dimostrazione che, in mancanza di quei fattori, finanche l'impresa attuale detentrica del monopolio ne

²⁶ Cfr. KEZSBOM - GOLDMAN, *No shortcut to antitrust analysis: the twisted journey of the essential facility doctrine*, in *Business Law Review*, n. 1, 1996; AREEDA, *Essential Facility*, cit. *supra*, nota 18.

²⁷ Cfr. PITOFSKY - PATTERSON - HOOKS, *The essential facility doctrine under US antitrust law*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 70, 2002; BOUDIN, *Antitrust doctrine and sway of metaphor*, in *Geo. Law Journal*, vol. 75, 1986; VASQUES, *Infrastruttura essenziale e diritto d'accesso*, in *Foro it.*, parte IV, 1999, c. 51; TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 6, 1998, p. 329 ss. Si pensi altresì alla recentissima sentenza della U.S. Supreme Court, Docket 02-682, *Verizon Communication*, 13 gennaio 2004, la quale sembra aver rivisitato tale istituto in senso notevolmente restrittivo.

²⁸ In tal senso, v. GUGLIELMETTI, *Essential facility nelle decisioni dell'autorità garante*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 6, 1998, p. 389 ss.

sarebbe risultata priva. Ovviamente, l'applicabilità del medesimo criterio risulterebbe privo di riscontri nei casi di monopolio di natura tecnica – specialmente se associati allo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale²⁹ – da cui siano poi scaturiti rifiuti alla condivisione. In questi casi, il ricorso alla dottrina *de qua* necessiterebbe di ulteriori cautele giustificandosi forse solo ove, allo svantaggio concorrenziale permanente, derivante dall'impossibilità di accedere al mercato, si associasse altresì il pregiudizio di interessi generali superiori rispetto a quelli di natura economico-privatistica.

Appare quindi opportuno, con l'obiettivo di esaminare la reale autonomia ed i limiti di applicazione dell'*essential facility doctrine*, rivolgere l'attenzione all'utilizzo che di tale istituto è stato fatto in due recenti decisioni, l'una nazionale, l'altra comunitaria, adottate dalle rispettive autorità *antitrust*, in materia di liberalizzazione del mercato del trasporto ferroviario in Italia.

IV. Il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario nell'UE ed in Italia

La normativa comunitaria e nazionale di liberalizzazione del trasporto ferroviario appare fortemente caratterizzata dal principio della separazione tra l'attività di gestione dell'infrastruttura ferroviaria e l'attività di trasporto ferroviario³⁰ onde consentire, alle imprese che offrono i servizi di trasporto, un accesso equo e non discriminatorio alle *facilities*³¹ in questione.

Il processo comunitario di progressiva liberalizzazione ha avuto inizio con l'emanazione della direttiva n. 91/440/Cee³² relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie. Tale direttiva ha fissato gli obiettivi di fondo dell'intera disciplina, così individuati: separazione funzionale tra la gestione dell'infrastruttura ferroviaria e l'esercizio del servizio di trasporto ferroviario; autonomia gestionale tra imprese ferroviarie e gestore dell'infrastruttura nonché loro indipendenza dallo Stato; diritto di accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura ferroviaria in favore delle imprese ferroviarie e delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie stabilite nel territorio dell'Unione europea, in possesso di licenza³³.

²⁹ Peraltro, parimenti riconosciuti e tutelati dalla normativa *antitrust*.

³⁰ Questo, anche al fine di evitare possibili fenomeni di c.d. *cross-subsidisation*.

³¹ Prime fra tutte le infrastrutture ferroviarie; si veda, a tale proposito, la definizione ricavabile dal Regolamento (Cee) n. 2598/70, richiamato dal dlgo n. 277/1998 (*infra*), che fissa il contenuto delle voci dell'infrastruttura per l'imputazione a bilancio nonché l'Allegato II alla direttiva n. 2001/14.

³² Direttiva n. 91/440/Cee del 29 luglio 1991, in *Guce* n. L 237 del 24 agosto 1991.

³³ Si veda a tale ultimo proposito, l'art. 10 della direttiva che recita: «(...) le associazioni internazionali godono, negli Stati membri in cui sono stabilite le imprese ferroviarie che costituiscono l'associazione, di diritti di accesso e di transito nonché di diritti di transito negli altri Stati membri

Alla direttiva n. 91/440/Cee hanno fatto seguito le direttive n. 95/18/Cee e n. 95/19/Cee³⁴, relative, rispettivamente, al rilascio delle licenze ed alla ripartizione di capacità della infrastruttura ferroviaria, adottate al fine di assicurare un'applicazione uniforme e non discriminatoria dei diritti di accesso all'infrastruttura.

Infine, l'adozione delle direttive n. 2001/12/Ce, n. 2001/13/Ce e n. 2001/14/Ce³⁵ (note come «primo pacchetto ferroviario»), hanno dato ulteriore impulso al processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario incidendo sulle originarie direttive n. 91/440/Cee, n. 95/18/Cee e n. 95/19/Cee onde favorire l'ulteriore agevolazione dell'accesso delle imprese all'infrastruttura, nonché soddisfare le richieste di tutti i tipi di utenti e di traffico, consentendo al

per la prestazione di servizi di trasporto internazionali tra gli Stati membri in cui sono stabilite le imprese che costituiscono l'associazione.

Le imprese ferroviarie contemplate dal campo di applicazione di cui all'art. 2 godono di un diritto di accesso, a condizioni eque, all'infrastruttura degli altri Stati membri, per l'esercizio dei servizi di trasporti combinati internazionali di merci.

Le associazioni internazionali e le imprese ferroviarie che effettuano trasporti combinati internazionali di merci concludono con i gestori dell'infrastruttura ferroviaria utilizzata gli accordi amministrativi, tecnici e finanziari necessari per disciplinare gli aspetti di controllo e di sicurezza del traffico inerenti ai servizi di trasporti internazionali di cui ai par. 1 e 2. Le condizioni alla base di tali accordi non devono essere discriminatorie (...).

³⁴ Direttiva n. 95/18/Cee e direttiva n. 95/19/Cee del 20 giugno 1995, in *Guce* n. L 143 del 27 giugno 1995, rispettivamente p. 70 e p. 75. In sintesi, la direttiva n. 95/18/Cee sulle licenze ferroviarie individua gli ambiti territoriali di validità delle nuove licenze (definite, all'art. 2 come «un'autorizzazione rilasciata da uno Stato membro a un'impresa cui è riconosciuta la qualità di impresa ferroviaria» ed i criteri per l'ottenimento delle stesse, mentre la direttiva n. 95/19/Cee sulla ripartizione di capacità di infrastruttura ferroviaria (da intendere come l'assegnazione, da parte di un organo a ciò preposto, del tempo di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria necessario per far viaggiare un convoglio ferroviario tra due località in un determinato momento) fissa i requisiti di certificazione da imporre alle imprese ferroviarie in relazione al materiale rotabile, al personale ed agli impianti e sistemi di manutenzione dei rotabili, nonché la funzione di ripartizione delle tracce orarie e la riscossione dei canoni d'uso tra la pluralità di operatori spettanti al gestore dell'infrastruttura.

³⁵ Direttiva n. 2001/12/Ce, direttiva n. 2001/13/Ce e direttiva n. 2001/14/Ce, in *Guce* n. L 75 del 15 marzo 2001, rispettivamente p. 1, p. 26 e p. 29. Le tre direttive hanno riformato gli elementi fondamentali del processo di liberalizzazione del settore introducendo alcune novità che sono destinate a produrre effetti di rilievo sugli assetti istituzionali ed economici nazionali connessi al settore del trasporto ferroviario. Tra le principali novità introdotte dalle direttive citate si ricordano: il riconoscimento della qualifica di impresa ferroviaria anche alle imprese che forniscono solo trazione; la liberalizzazione del traffico ferroviario internazionale di merci, entro marzo 2003 - sulla cosiddetta «Rete TERFN» (50.000 Km di rete europea), e a marzo 2008 per l'intero settore merci (internazionale e nazionale. Per il traffico viaggiatori, invece, almeno fino al 2010, l'obbligo di liberalizzazione viene limitato al solo segmento realizzato da associazioni internazionali di imprese, peraltro già vigente); la necessaria separazione fra attività di infrastruttura e attività di trasporto, attraverso assetti organizzativi delle aziende nazionali pubbliche che garantiscano bilanci di esercizio finanziario distinti; il divieto per il soggetto incaricato del rilascio delle licenze, dell'assegnazione delle tracce e dell'imposizione dei pedaggi di esercitare attività di trasporto e suo obbligo di indipendenza dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo e decisionale; l'obbligo a carico del gestore dell'infrastruttura di pubblicazione del prospetto informativo rete e del suo periodico aggiornamento al fine di garantire alle imprese ferroviarie la conoscenza dei dati caratteristici dell'infrastruttura necessari allo svolgimento della loro attività (caratteristiche tecniche, capacità complessive, capacità residue, tariffe pedaggi ecc.); la ridefinizione per le imprese ferroviarie di alcuni obblighi relativi a requisiti tecnici, requisiti di sicurezza e a disposizioni di salute e sicurezza dei dipendenti e dei consumatori; il riconoscimento alle imprese ferroviarie di diritti più ampi.

gestore dell'infrastruttura di immettere sul mercato la capacità di infrastruttura disponibile al fine di utilizzarla in modo ottimale per migliorare il livello di affidabilità del servizio e, al tempo stesso, ridurre i costi che gravano sulla collettività³⁶.

A seguito delle previsioni comunitarie appena illustrate, in Italia, già antecedentemente all'implementazione del primo pacchetto ferroviario, si è determinata, per effetto del dpr n. 277 del 1998³⁷, la riorganizzazione aziendale del Gruppo Ferrovie dello Stato SpA – detentore dell'originario monopolio di settore – il quale ha affidato l'attività di gestione dei servizi di infrastruttura e quella di trasporto merci e persone a due entità giuridiche distinte, individuate rispettivamente, in Rete Ferroviaria Italiana SpA («RFI») e Trenitalia SpA («Trenitalia»).

Inoltre, in seguito all'adozione del dpr n. 146 del 1999³⁸ si è provveduto alla definizione dell'*iter* e delle procedure necessarie all'ottenimento delle licenze e della capacità necessaria allo svolgimento del servizio, così liberalizzando, sull'infrastruttura nazionale, le attività di trasporto internazionale, sia combinato di merci che effettuato da una associazione internazionale fra imprese ferroviarie³⁹ (come inteso dalle direttive comunitarie) nonché, nei limiti di quanto stabilito dall' art. 131 della legge n. 388 del 23 dicembre 2000⁴⁰, nazionale⁴¹.

In ambito locale invece, di particolare importanza è il dlgo n. 422 del 1997⁴² il quale, per effetto del processo di decentramento amministrativo, pre-

³⁶ Si consideri altresì il recente intervento rappresentato dall'adozione del c.d. «secondo pacchetto ferroviario» composto dal regolamento Ce n. 881/2004 nonché dalle direttive n. 2004/49/Ce, n. 2004/50/Ce e n. 2004/51/Ce, tutte in *Gu-UE* n. L 164 del 30 aprile 2004, che una volta compiutamente implementate favoriranno l'integrazione ulteriore e l'eliminazione degli ostacoli ancora esistenti alla prestazione dei servizi di trasporto ferroviario in Europa.

³⁷ Dpr n. 277 dell'8 luglio 1998, recante Norme di attuazione della direttiva n. 91/440/Cee relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, in *Guri* n. 187 del 12 agosto 1998.

³⁸ Dpr n. 146 del 16 marzo 1999 recante Norme di attuazione della direttiva n. 95/18/Ce, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie e della direttiva n. 95/19/Ce, relativa alla ripartizione di capacità di infrastruttura ferroviaria e alla riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura, in *Guri* n. 119 del 16 marzo 1999.

³⁹ L'art. 8.1 del Dpr n. 277/98 liberalizza il trasporto internazionale merci non combinato, nonché il trasporto internazionale passeggeri soltanto se prestato mediante associazione d'impresa con un'impresa italiana. Tutte le imprese associate devono, evidentemente, essere in possesso di requisiti previsti per la prestazione di servizi di trasporto ferroviario (licenze, certificato di sicurezza ed assegnazione di capacità).

⁴⁰ Legge n. 388 del 23 dicembre 2000 recante Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, in *Guri* n. 302 del 29 dicembre 2000.

⁴¹ La norma, infatti, ha inteso estendere, il diritto di accesso all'infrastruttura nazionale anche alle imprese ferroviarie che vogliono svolgere servizi di trasporto non internazionale qualora siano: «(...) in possesso dei requisiti previsti dal Decreto del Presidente della Repubblica 16 marzo 1999 n. 146 (...)» ed «(...) a condizione di reciprocità qualora si tratti di imprese aventi sede all'estero o loro controllate (...)».

⁴² Dlgo n. 422 del 19 novembre 1997 recante disposizioni in materia di Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in *Guri* n. 287 del 10 dicembre 1997.

vede che i servizi di trasporto di interesse regionale, locale ed interregionale siano messi a gara a livello regionale.

In tale quadro ha inciso ulteriormente il dlgs n. 188 del 2003⁴³ di implementazione in Italia del primo pacchetto ferroviario, il quale, oltre ad estendere l'applicabilità dei suoi principi ai servizi di trasporto regionale o locale, ha altresì ampliato le garanzie di accesso all'infrastruttura richiedendo, al contempo, una più netta separazione tra i soggetti gestori dell'infrastruttura e le imprese di trasporto.

Nonostante gli enormi sforzi profusi a livello normativo al fine di assicurare il pieno accesso alle infrastrutture ferroviarie, uno tra i più importanti ostacoli tuttora riscontrati alla piena liberalizzazione del settore è da rinvenire nella mancanza di "interoperabilità" concernente il materiale rotabile, da intendersi come compatibilità tecnica del materiale rotabile utilizzato dall'impresa ferroviaria di qualunque Stato membro sulla rete ferroviaria di pertinenza⁴⁴. Allo stadio attuale del processo di liberalizzazione dei servizi del trasporto ferroviario nell'UE, ancora esistono, difatti, una serie di barriere tecniche, legali ed economiche per la fornitura dei servizi di trasporto ferroviario (ed in particolar modo della trazione) dovute allo sviluppo su base nazionale delle ferrovie europee. Ciascuna ferrovia nazionale ha adottato i propri *standard* tecnici ed amministrativi così diversificando i sistemi di segnalazione, la fornitura di elettricità, le procedure di gestione, la lunghezza dei binari di precedenza, i sistemi di sicurezza, nonché la formazione dei macchinisti e la necessaria conoscenza, da parte di costoro, delle tratte di percorrenza. Tutto ciò significa che, benché potenzialmente le imprese ferroviarie siano in grado⁴⁵ di offrire i propri servizi di trasporto in qualsiasi Stato membro, vedendosi riconosciuto e garantito, a pieno titolo, l'accesso all'infrastruttura ferroviaria precedentemente soggetta a monopolio legale, concretamente, sino a quando le tecnologie non verranno pienamente armonizzate, il materiale rotabile⁴⁶ dovrà essere necessariamente adeguato alle caratteristiche delle relative tratte di percorrenza così come i macchinisti, i quali, a loro volta, necessite-

⁴³ Dlgs n. 188 dell'8 luglio 2003 recante: «L'attuazione delle direttive n. 2001/12/Ce, n. 2001/13/Ce e n. 2001/14/Ce in materia ferroviaria», in *Guri* n. 170 del 24 luglio 2003, *suppl. ord.* che, a partire dal 23 ottobre 2003⁴³, si sostituirà al dpr n. 277/98 ed al dpr n. 146/99.

⁴⁴ Questo spiega il perché, a differenza di quanto previsto per la licenza ferroviaria, per il certificato di sicurezza non è previsto il riconoscimento dei certificati rilasciati da enti stranieri, nemmeno a condizione di reciprocità. L'impresa ferroviaria che intenda circolare sulla rete italiana, dunque, deve ottenere il certificato di sicurezza, seguendo specifiche procedure, anche qualora dovesse essere già titolare di un certificato di sicurezza che la abiliti a circolare sulla rete ferroviaria di altro Stato membro.

⁴⁵ In virtù del processo di liberalizzazione intervenuto. Cfr. altresì Comunicazione della Commissione europea, *Verso uno spazio ferroviario europeo integrato*, COM(2002) def., 23 gennaio 2003.

⁴⁶ Da intendersi come veicoli che si muovono sulla rete ferroviaria e distinti, a loro volta, in veicoli «trainanti» (principalmente locomotori) e «trainati» (carrozze e carri). Cfr. *AGCM Indagine conoscitiva nel settore del materiale rotabile*, IC6, 18 maggio 1995.

ranno di conoscenze specifiche, competenze linguistiche e licenze nazionali adeguate alle tratte di percorrenza.

Le problematiche concorrenziali insite in tali osservazioni emergeranno, in tutta chiarezza, da una breve analisi delle caratteristiche della produzione e commercializzazione del materiale rotabile necessario allo svolgimento del trasporto ferroviario. Al riguardo, basti pensare che l'accesso a tale mezzo strumentale risulta particolarmente difficoltoso, in ragione di una molteplicità di fattori che si possono individuare principalmente nella specificità della domanda, nell'assenza di un mercato secondario e nei tempi richiesti per la produzione di materiale rotabile di nuova fabbricazione, nonché negli elevatissimi costi connessi al loro possibile acquisto⁴⁷.

Ecco, dunque, che l'accesso equo e non discriminatorio assicurato ad un'infrastruttura indiscutibilmente essenziale sembra infrangersi dinanzi alle barriere frapposte all'utilizzo dello strumento fondamentale, necessario ad avere accesso all'infrastruttura stessa ed a competere nel mercato "a valle"⁴⁸, il quale, tra l'altro, risulta detenuto dalla medesima impresa teoricamente non più detentrica dell'originario monopolio nel mercato "a monte".

V. Confini applicativi dell'*essential facility doctrine* al trasporto ferroviario

La situazione appena riportata, ha costituito oggetto di due interessanti decisioni delle autorità di concorrenza, comunitaria e nazionale, fornendo utili spunti di analisi circa i confini di applicazione e la reale autonomia della dottrina dell'*essential facility* rispetto ad un mercato investito da un recente – quanto crescente – processo di liberalizzazione.

Procedendo in ordine cronologico, il caso analizzato dall'Autorità nazionale di concorrenza trae la propria origine da una richiesta di parere rivolta dalla regione Umbria in ordine alle modalità di reperimento del materiale rotabile ferroviario necessario all'espletamento delle gare per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale secondo le procedure previste dal dlgs n. 422/97 e successive modifiche⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva nel settore del materiale rotabile*, Centro studi CONFETRA, *Il mercato Italia dei servizi logistici e di trasporto negli anni '90*, in *Quaderni Confetra*, n. 112, 1999.

⁴⁸ Segnatamente, nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario. Ma si potrebbe altresì pensare alla preclusione che ne deriverebbe relativamente allo stesso autonomo mercato della fornitura dei servizi di trazione.

⁴⁹ AGCM, segnalazione AS262, «Reperimento del materiale rotabile ferroviario necessario per l'espletamento delle gare per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale», 26 luglio 2003, in *Boll.* n. 26/2003 e *supra*, p. 383.

In esso viene evidenziato che, nel contesto della liberalizzazione del trasporto pubblico locale, la principale circostanza che rimane di ostacolo alla predisposizione di procedure effettivamente competitive dipende dal fatto che le amministrazioni e le imprese potenzialmente interessate a competere debbano confrontarsi con la concreta impossibilità di "recuperare" sul mercato il materiale rotabile necessario alla partecipazione alle gare e, quindi, allo svolgimento dei relativi servizi. Esso risulta essere (salvo rarissime eccezioni) totalmente ricondotto alla materiale titolarità di Trenitalia che peraltro rappresenta l'impresa del gruppo ferroviario addetta allo svolgimento dei servizi in questione⁵⁰.

In tale contesto, il tentativo di ricondurre il materiale rotabile al concetto di «altre dotazioni patrimoniali essenziali» in virtù del quale, per effetto dell'art. 45 della l. n. 166/2002, maturerebbe in capo al gestore aggiudicatario il diritto di averle a propria disposizione dall'azienda che ne abbia a qualunque titolo la detenzione, induce il Garante ad una valutazione in merito alla possibile applicazione al materiale rotabile (e, in particolare, ai locomotori utilizzati per la trazione) della dottrina dell'*essential facility*.

Nel proprio esame, l'Autorità, evidenzia, in primo luogo, la situazione di monopolio venutasi di fatto a creare in capo a Trenitalia malgrado la separazione delle competenze – tra quest'ultima ed RFI – disposta a seguito degli interventi normativi successivi alla prima fase di liberalizzazione del trasporto ferroviario e nonostante il materiale rotabile sia stato interamente acquistato attraverso contribuzioni pubbliche frutto di un mercato precedentemente assoggettato a gestione statale.

Su tali premesse, quindi, procede alla disamina dei principali ostacoli che caratterizzano la domanda di materiale rotabile da rinvenirsi, principalmente, nei diversi *standard* tecnici, nella mancanza di interoperabilità e nella ulteriore frammentazione finanche su base regionale. Tali elementi determinerebbero l'unicità dell'*asset* in questione e quindi l'insostituibilità dello stesso. A conferma del carattere di indispensabilità, il Garante riconosce, inoltre, che la *facility* in questione non sarebbe sostanzialmente reperibile in tempi brevi da parte di una nuova impresa interessata a competere né attraverso il ricorso ad un mercato dell'usato – il quale in Italia appare peraltro limitato ai mezzi obsoleti – né, tanto meno, ricorrendo alla soluzione del *leasing* operativo del tutto estranea a tale mercato nel nostro Paese. Neanche apparirebbe percorribile il ricorso al mercato del "nuovo" il quale a causa della scarsità delle commesse peraltro provenienti, in Italia, dal monopolista od ex monopolista storico, non sarebbe disponibile prima del decorso di 2-4 anni necessari alla rea-

⁵⁰ Si noti, peraltro, che indipendentemente dalla natura locale del trasporto e dall'effettuazione di gare, la disponibilità del materiale rotabile (locomotori) e, più in generale della trazione (da intendersi unitamente ai macchinisti) è condizione necessaria alla richiesta del rilascio del certificato di sicurezza, indispensabile per transitare sulla tratta di volta in volta individuata.

lizzazione di nuovi locomotori adeguati ai parametri tecnici applicabili al nostro specifico territorio.

Benché l'accesso a tale mezzo strumentale risulti particolarmente difficoltoso e, quindi, gli vada «riconosciuto il carattere della essenzialità» l'Autorità però aggiunge che l'applicabilità della dottrina in questione al caso di specie risulterebbe preclusa dalla mancanza dell'ulteriore fondamentale requisito della non duplicabilità della *facility* a costi socialmente sostenibili. La concisa motivazione⁵¹, peraltro, non supportata da approfondite evidenze economiche, viene rinvenuta nella circostanza che nonostante il difficile reperimento, i costi associati alla produzione di tale *asset* non possono essere considerati economicamente insostenibili per una nuova impresa interessata ad operare sul mercato. Né, tantomeno, una soluzione del genere apparirebbe auspicabile sotto il profilo concorrenziale in quanto se, per un verso, ciò finirebbe per creare una situazione di sfavore per i nuovi entranti, poiché dipendenti dalle strategie adottate dal titolare del materiale rotabile, dall'altro tenderebbe a favorire eventuali comportamenti opportunistici delle imprese che ne risultassero prive.

Il sintetico ragionamento condotto dal Garante, giustificato dal particolare ruolo consultivo svolto nel contesto della pronuncia di cui trattasi⁵², sembrerebbe voler indicare che gli innegabili vantaggi economici derivanti dal monopolio pubblicistico del gruppo ferroviario nazionale peraltro tuttora assicurati, in fatto, rispetto alla disponibilità del materiale rotabile, non rappresenterebbero comunque una ragione sufficiente a dimostrare l'essenzialità della *facility*. Questo poiché, malgrado la sussistenza dei requisiti di condivisibilità e non sostituibilità dell'*asset*, la situazione di non duplicabilità risulterebbe invece di natura transitoria e non associata al concetto di costi socialmente "insostenibili".

Ciò detto, il passaggio conclusivo è però volto comunque a scongiurare che l'operatore dominante del mercato possa sfruttare, nei fatti, la propria posizione con conseguente preclusione per tutti i suoi potenziali concorrenti. Difatti, lungi dal perseguimento di situazioni di monopolio esistenti, l'Autorità ritiene che l'impulso maggiore alla liberalizzazione debba essere impresso mediante l'immediato espletamento delle gare, incaricando le singole amministrazioni di ovviare alla momentanea irrecuperabilità del materiale rotabile attraverso la «messa a disposizione» di quest'ultimo, in favore delle imprese risultate aggiudicatarie ovvero, per il caso in cui la stessa non ne risulti già detentrica, assicurando che l'attività dell'aggiudicatario abbia inizio solo dopo che sia trascorso il più breve tempo compatibile affinché il vincitore della gara reperisca sul mercato il materiale rotabile necessario all'espletamento del servizio.

⁵¹ In ragione della funzione consultiva espletata dal Garante.

⁵² Senza nulla togliere, peraltro, alla portata dell'enunciazione di principio.

Il secondo provvedimento consiste, invece, nella Decisione della Commissione europea relativa al caso *GVG c. Ferrovie*⁵³ nel quale viene analizzato il rifiuto opposto dalle Ferrovie dello Stato ("FS") nei confronti dell'impresa ferroviaria tedesca *Gerog Verkehrsorganisation GmbH* ("GVG") interessata a fornire un servizio ferroviario di trasporto passeggeri nella tratta Basilea-Milano. Consapevole dei limiti normativi ancora esistenti all'accesso al mercato dei servizi internazionali di trasporto passeggeri, GVG, vede però negata da FS la possibilità di costituire un'associazione internazionale⁵⁴ che le consentirebbe di operare nella tratta di proprio interesse beneficiando dell'infrastruttura e della trazione necessaria all'espletamento del servizio.

Nell'analisi concorrenziale condotta in merito all'opponibilità di un simile rifiuto, la Commissione si rivolge distintamente a ciascuno dei diversi mercati interessati individuati, verso "monte", in quello dell'infrastruttura ferroviaria e della trazione nonché, verso "valle", nei servizi di trasporto ferroviario.

Mentre l'Autorità di concorrenza europea è inequivocabile nel qualificare esplicitamente la rete ferroviaria quale "strumento essenziale" in presenza del duplice requisito rinvenuto – sulla scorta della giurisprudenza richiamata – nell'indispensabilità e nell'eliminazione di qualsiasi forma di concorrenza⁵⁵, più attenta è la sua disamina delle condizioni di accesso al mercato della trazione individuato nella duplice fondamentale componente del materiale rotabile (specificamente dei locomotori) e dei macchinisti⁵⁶.

Al pari del Garante italiano, anche la Commissione, nella sua ricostruzione, parte dalla ovvia constatazione circa la carenza di interoperabilità del materiale rotabile cui fa seguito, per qualsiasi nuova impresa ferroviaria interessata ad accedere al mercato dell'infrastruttura ed a quello dei servizi di trasporto, la necessità di dotarsi di un parco locomotori e di un certo numero di macchinisti in ogni Stato membro in cui intenda operare.

Detto ciò, al fine di qualificare il comportamento tenuto da FS nel suddetto mercato, procede ad un'attenta analisi afferente le possibili alternative percorribili da GVG al fine di "recuperare" sul mercato la trazione necessaria ad operare. A tale scopo, una prima osservazione afferisce alla posizione di assoluto dominio detenuta da FS nello stesso, a causa della mancanza di capacità dei nuovi piccoli operatori esistenti – peraltro a livello locale – sul mercato italiano⁵⁷. In un simile contesto, caratterizzato da scarsa o meglio assoluta

⁵³ Decisione della Commissione n. COMP/37.685, 27 agosto 2003; il testo completo di tale decisione è disponibile sul sito internet www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37685/final_it.pdf.

⁵⁴ Cfr. art. 10 della direttiva n. 91/440/Cee, *cit. supra*, nota 32.

⁵⁵ Cfr. decisione della Commissione, *loc. cit.*, par. 120.

⁵⁶ Menzionando altresì i servizi accessori di *back-up*.

⁵⁷ Segnatamente, i principali operatori ferroviari privati in Italia sono individuati nella *Rail Traction Company* e *Ferrovie Nord Milano Esercizio* i quali, peraltro godono di certificati di sicurezza limitati al trasporto di merci.

manca di capacità alternativa, proveniente sia da altri operatori sia anche dagli stessi produttori del materiale rotabile⁵⁸, appare difficilmente percorribile altresì l'ipotesi dell'affitto del materiale rotabile, senza considerare che, comunque, permarrebbe l'irrisolvibile problema della disponibilità di macchinisti con licenza italiana che, in quanto tali, per il momento, potrebbero essere resi disponibili solo da FS. Preso atto della non sostituibilità della trazione, la Commissione procede, quindi, ad esaminare la possibilità per GVG di duplicare la struttura in questione ricorrendo al mercato dell'usato (peraltro, per il momento del tutto assente in Italia) ovvero del nuovo.

Nella sua analisi, condotta, peraltro, attraverso un'attenta disamina dell'impatto economico-finanziario potenzialmente riconducibile all'operazione, la Commissione evidenzia l'assoluta antieconomicità dell'investimento il quale, oltre a generare elevati costi fissi, non sarebbe comunque in grado di assicurare la necessaria redditività né a GVG né a «qualsiasi nuovo concorrente potenziale, indipendentemente dalle sue dimensioni»⁵⁹.

La principale motivazione portata a sostegno di una simile conclusione, a differenza del caso sottoposto all'attenzione del Garante italiano, viene rinvenuta nella circostanza che per poter fornire i servizi ferroviari in discorso, nella tratta internazionale di proprio interesse, GVG, oltre all'acquisto del materiale rotabile⁶⁰, dovrebbe procedere alla costituzione di una controllata italiana la cui attività principale diverrebbe l'offerta, in tale Stato, di servizi di trasporto. L'insieme degli investimenti a ciò dedicati, risulterebbe però completamente sproporzionato per qualsiasi nuovo concorrente che volesse operare solo su una tratta internazionale verso l'Italia non essendo interessato ad operare direttamente sul mercato di riferimento. Peraltro, a causa della mancata liberalizzazione del mercato di trasporto passeggeri a lunga percorrenza, finanche volendo, la controllata italiana non sarebbe in grado di entrare in tale mercato. Ne conseguirebbe che, nell'attuale fase di apertura concorrenziale del mercato ferroviario italiano, anche affrontando un simile investimento, qualunque impresa non potrebbe farne un uso efficiente.

Sulla base di tali argomentazioni, la Commissione conclude che a causa dei molteplici ostacoli strutturali del mercato «GVG dipende dalla fornitura di trazione da parte di FS per il previsto servizio di trasporto da Basilea a Milano» aggiungendo che «per espletare il servizio previsto per GVG è indispensabile ottenere la trazione da FS».

Pertanto, avendo rifiutato di fornire la trazione in assenza di qualsiasi giustificazione oggettiva, e non ostandovi la piena disponibilità, FS ha in realtà voluto «proteggere la sua posizione di monopolio nel mercato a valle

⁵⁸ Si pensi, ad esempio, a Skoda, Siemens Alstom ecc. che comunque agiscono su commesse.

⁵⁹ Cfr. decisione della Commissione, *cit. supra*, nota 52, par. 100.

⁶⁰ In quantità sufficiente ad assicurare l'espletamento del servizio.

per i servizi ferroviari internazionali di trasporto passeggeri tra Basilea e Milano» abusando della propria posizione dominante così «eliminando un concorrente potenziale nel mercato a valle»⁶¹.

VI. Conclusioni

Da quanto sin qui rappresentato, si evince come, nei suoi aspetti concreti, la dottrina dell'*essential facility* rappresenti forse, ancor prima che un problema di limiti, un problema di reale autonomia di un istituto che nelle sue applicazioni più incisive, in ambito europeo, si è spesso accompagnato ai settori regolamentati nei quali il ricorso a tale strumento, ha rappresentato indubbiamente il rimedio più efficace per reagire a situazioni di monopolio particolarmente forti e radicate.

L'ulteriore sforzo teso ad ampliarne gli ambiti applicativi rappresentato, negli specifici casi oggetto della presente disamina, dal tentativo di individuare nello stesso mercato contiguo all'infrastruttura una ulteriore *facility* da dover necessariamente condividere viene, nell'un caso rigettato, mentre nell'altro avvalorato nelle premesse e nelle varie fasi dell'analisi economica condotta, benché mai esplicitato nei suoi aspetti definitivi, preferendo delineare l'inquadramento concorrenziale della fattispecie attraverso gli aspetti comportamentali costituenti ora l'abuso, ora la dipendenza dell'impresa nel mercato rilevante.

In entrambi i casi però, la conclusione cui ciascuna delle Autorità di concorrenza arriva è comunque affine, nei suoi effetti, a quella che deriverebbe dal pieno utilizzo della dottrina *de qua*. Difatti, per ovviare al rifiuto ingiustificato, i rimedi proposti dal Garante ovvero volontariamente assunti in sede europea, attengono proprio alla messa a disposizione dei servizi richiesti al fine di evitare, nel caso sottoposto ai pieni poteri decisionali dell'Autorità di concorrenza comunitaria, l'applicazione di sanzioni o forse, finanche il riconoscimento esplicito del più pregnante "*duty to share*".

Quand'anche, però, si concludesse nel senso della ambiguità ovvero della sussistenza di ambiti di sovrapposizione dell'*essential facility doctrine*, rispetto alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante, dovrebbe comunque rimanere immutato il giudizio positivo circa la valenza autonoma di tale istituto, insita nel grado più elevato di intervento azionabile grazie all'applicazione della fondamentale regola della condivisione obbligatoria della risorsa.

Irene Picciano*

⁶¹ A conclusione della disamina del provvedimento, v'è da aggiungere che FS, nonostante ciò, ha però evitato qualsivoglia sanzione attraverso l'assunzione volontaria di impegni volti alla condivisione dell'infrastruttura ed alla messa a disposizione della trazione.

* Avvocato presso lo Studio legale De Berti, Jacchia, Franchini, Forlani - Milano.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 25 - 26 marzo 2004¹

1. Il Consiglio europeo ha tenuto a Bruxelles il 25 e 26 marzo 2004 la riunione annuale sulla strategia di Lisbona e sulla situazione economica, sociale e ambientale dell'Unione. Ha inoltre ricevuto una relazione della presidenza sulla Conferenza intergovernativa, ha adottato una dichiarazione sulla lotta al terrorismo e affrontato una serie di questioni scaturite dagli sviluppi sulla scena internazionale.

2. La riunione è stata preceduta da una relazione del presidente del Parlamento europeo, signor Pat Cox, cui ha fatto seguito uno scambio di vedute sui principali punti all'ordine del giorno.

I. Conferenza intergovernativa (*Omissis*)

II. Terrorismo (*Omissis*)

III. Strategia di Lisbona: priorità

Raccogliere la sfida di Lisbona

6. Per rispondere alle aspettative della popolazione europea di un miglioramento del tenore e della qualità della vita, presupposti indispensabili sono una forte crescita economica e la creazione di occupazione, insieme a un elevato grado di coesione sociale e di protezione ambientale.

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet www.europa.eu.int/european_council/conclusions/index_it.htm (*n.d.r.*).

7. Nel marzo 2000 l'Unione si è prefissa obiettivi ambiziosi. Quattro anni dopo, il quadro si presenta eterogeneo. Sono stati compiuti notevoli progressi e il Consiglio europeo ribadisce che il processo e gli obiettivi restano validi. Occorre, tuttavia, imprimere una forte accelerazione al ritmo delle riforme se si vogliono conseguire gli obiettivi del 2010. Il Consiglio europeo è determinato a dar prova della volontà politica di realizzare quest'obiettivo.

8. Il messaggio del presente Consiglio europeo esprime determinazione e fiducia. Le sfide future appaiono formidabili, ma l'Europa possiede la volontà e la capacità di realizzare il proprio potenziale economico. L'allargamento stimolerà l'economia europea con la creazione di nuove opportunità per tutti e la promozione della convergenza degli Stati aderenti. Il processo di Lisbona beneficerà dell'esperienza e del contributo dei nostri nuovi membri.

Mantenere gli impegni (Omissis)

Crescita sostenibile

i. Politiche macroeconomiche sane

12. La principale sfida economica che si pone all'Unione europea è la realizzazione del suo potenziale di crescita. La ripresa economica iniziata nel secondo semestre del 2003 sta prendendo vigore. L'Unione deve mettere a frutto questo dinamismo nelle sue politiche interne ed esterne. Deve cogliere l'opportunità di accelerare il suo processo di riforma interna. L'aumento dell'apertura esterna a livello globale e il miglioramento delle dinamiche relazioni economiche tra *partner* commerciali rafforzeranno le prospettive di crescita.

(Omissis)

ii. Competitività e innovazione (Omissis)

Completamento del mercato interno

19. Le potenzialità del mercato interno non sono ancora pienamente realizzate. Sono necessari ulteriori sforzi per conseguire un migliore funzionamento dei mercati dei prodotti, dei servizi, dei capitali e del lavoro. L'Unione deve preparare risposte tempestive alle nuove sfide: nel settore cruciale delle comunicazioni elettroniche, ad esempio, le nuove strategie dell'UE in materia di comunicazioni mobili e a banda larga devono consentire all'Unione di essere sempre all'avanguardia. Nel settore dei servizi, che rimane estremamente frammentato, occorre maggiore concorrenza per migliorare l'efficienza, aumentare la produzione e l'occupazione e assicurare vantaggi per i consumatori. Il progetto di direttiva sui servizi deve essere trattato in via prioritaria nel rispetto del calendario previsto.

(Omissis)

Miglioramento della regolamentazione (Omissis)

Centrare l'obiettivo di R&S (Omissis)

Disposizioni istituzionali

28. Il Consiglio «Competitività» è stato istituito quale elemento del pacchetto di riforme concordato al Consiglio europeo di Siviglia. Esso deve ora progredire rapidamente per sostenere e orientare una risposta chiara e integrata alle sfide in materia di competitività che si presentano all'Unione. Nel comporre la nuova Commissione il prossimo presidente potrebbe esaminare le modalità per assicurare che l'agenda della competitività sia sostenuta efficacemente.

iii. La coesione sociale deve essere centrale (Omissis)

iv. Crescita sostenibile sotto il profilo ambientale (Omissis)

Nuovi e migliori posti di lavoro

34. La creazione di nuovi e migliori posti di lavoro è la questione più urgente da affrontare nel corso del prossimo anno. L'aumento dei tassi di occupazione è essenziale per realizzare la crescita economica e, data la stretta correlazione fra disoccupazione e povertà, per favorire l'inclusione sociale. È indispensabile che l'UE riduca l'attuale tasso di disoccupazione globale, inaccettabilmente elevato.

(Omissis)

Promozione della libera circolazione dei lavoratori

41. Un mercato unico del lavoro, che promuova la libera circolazione dei lavoratori, è al centro dello sviluppo dell'Unione. Il Consiglio europeo sollecita pertanto ulteriori progressi in vari settori che consentiranno una maggiore mobilità. La tessera di assicurazione sanitaria europea diventerà operativa nel giugno 2004. Due misure che agevoleranno il riconoscimento delle qualifiche in tutta l'Unione, vale a dire la direttiva relativa al riconoscimento reciproco delle qualifiche professionali e l'Euro-pass, dovrebbero essere oggetto di accordo politico entro giugno 2004.

42. La riforma del regolamento n. 1408/71, che semplifica e attualizza le disposizioni che tutelano i diritti in materia di sicurezza sociale dei lavoratori che si spostano all'interno dell'Unione, rappresenta un passo importante di cui si prevede il completamento nel corso dell'attuale legislatura del Parlamento europeo.

Creazione di partenariati per le riforme (Omissis)**Orizzonte 2005 (Omissis)****IV. Cipro (Omissis)****V. Situazione internazionale**

Processo di pace in Medio Oriente (Omissis)

Partenariato strategico dell'UE con il Mediterraneo e il Medio Oriente (Omissis)

Iraq (Omissis)

Afghanistan (Omissis)

Serbia e Montenegro / Kosovo (Omissis)

Russia (Omissis)

Costa d'Avorio (Omissis)

VI. Varie

Prospettive finanziarie (Omissis)

Residence Palace (Omissis)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

NUOVI SPUNTI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO AL TRASPORTO AEREO*

Sommario: **I.** *I fatti all'origine della fattispecie e le osservazioni preliminari della Commissione* - **II.** *Aiuti di Stato e trasporto aereo* - **III.** *Profili innovativi della decisione in esame* - **IV.** *Conclusioni.*

I. I fatti all'origine della fattispecie e le osservazioni preliminari della Commissione

Con lettera del 2 aprile 2003 la Commissione ha autorizzato gli aiuti di Stato alla compagnia CAT, Caraibes Air Transport, nel quadro di un regime francese di incentivi fiscali agli investimenti nei Paesi d'Oltremare¹.

Il programma accordava una riduzione di imposta ai soggetti che decidessero di investire nei dipartimenti d'Oltremare, con l'obiettivo di favorire il superamento dei disagi strutturali di tali Paesi, con particolare riferimento alle problematiche legate all'elemento geografico dell'insularità, alla debolezza della produzione, alla limitatezza dei mercati locali.

Tale regime generale era già stato autorizzato dalla Commissione e il provvedimento che qui si esaminerà costituisce una decisione speciale, concernente un particolare utilizzo dei fondi già ritenuti compatibili con il mercato comunitario².

* Il presente contributo è stato redatto per il Corso di diritto della navigazione tenutosi presso l'Università di Modena e Reggio Emilia nell'anno accademico 2003-2004.

¹ C (2003) 964 def. del 2 aprile 2003.

² Decisione N 672/2000 del 28 novembre 2001, *Dispositif d'aide fiscale à l'investissement outre-mer.*

Il caso concerne, infatti, gli aiuti, per l'acquisto di un aeromobile, accordati alla compagnia CAT, società creata dal Gruppo francese Dubreuil, e operante, con carattere di continuità, come vettore passeggeri e merci, nella zona dei Caraibi, in concorrenza con operatori sia comunitari che non comunitari³.

La decisione in esame merita approfondite osservazioni poiché contiene argomentazioni originali e dinamiche in materia di aiuti di Stato⁴, in particolare, in relazione alle sovvenzioni accordate al settore del trasporto aereo⁵.

³ Più specificamente, l'incentivo autorizzato dalla Commissione concerne l'acquisto di un aeromobile per il trasporto regionale di tipo ATR 72 500, destinato a sostituire un mezzo della medesima tipologia più vecchio, che la compagnia CAT si impegna a vendere.

⁴ Sulla nozione di aiuto di Stato si leggano, in dottrina, i contributi di T. BALLARINO - G. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997; S. BARIATTI (a cura di), *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1998; E. CANNIZZARO, *Misure statali e disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Riv. comm. int.*, 1991, p. 13 ss.; F. CAPELLI, *Finanziamenti statali alle imprese pubbliche e normativa comunitaria*, in questa *Rivista*, 1982, p. 275; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 1259 ss.; J. CARBAJO, *La notion de l'aide nationale dans la Communauté européenne*, Tours, 1987, p. 7; J. Y. CHEROT, *Les aides d'état dans les communautés européennes*, Paris, Economica, 1998; F. COWNIE, *State Aids in the Eighties*, in *El. Rev.*, 1986, p. 247; P. CRAIG - G. DE BÜRCA, *EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 1077; M. DONY-BARTHOLMÉ, *Les aides d'Etat*, in *J.T.D.E.*, 4, n. 29, del 16 maggio 1996, p. 102 ss.; A. EVANS, *European Community Law of State Aid*, Oxford, Clarendon, 1997; L. FERRARI BRAVO - E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1995, p. 382 ss.; L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P. J. SLOT, *EC State Aids*, London, Chancery Law Publishing, 1993; J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999; R. KOVAR, *Le régime d'aide en droit communautaire*, Clunet, 1985; P. LASOK, *State Aids and remedies under the EEC Treaty*, in *European competition law review*, 1986, p. 53; U. LEANZA, *Commento agli artt. 92-94*, in R. QUADRI - R. MONACO - A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario CEE*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 716 ss.; C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in M. P. CHITI - G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 55 ss.; A. MATTERA RICIGLIANO, *Le marché unique européen*, Paris, 1995; F. MENEGAZZI, *Osservazioni in tema di trasparenza nei finanziamenti statali alle imprese pubbliche*, in questa *Rivista*, 1988, p. 99; S. MORSON, *Aides d'Etat*, in A. BARAV - C. PHILIP, *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 61; M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995; P. NICOLAIDES - S. BILAL, *State Aids rules: do they promote efficiency*, in *Understanding State aid policy in the European Community. Perspectives on rules and practice*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 30 ss.; G. PALMIERI, *Gli aiuti di Stato alle attività produttive ed il loro regime comunitario*, Rimini, Maggioli, 1992; A. PAPPALARDO, *Le linee generali della politica di concorrenza in tema di aiuti statali*, in E. PENNACCHINI - R. MONACO - L. FERRARI BRAVO (a cura di), *Manuale di diritto comunitario*, Torino, Utet, 1984; G. PINNA, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario*, in S. BARIATTI (a cura di), *Gli aiuti di Stato alle imprese*, cit. supra, nota 4, p. 21 ss.; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, Cedam, 2000; O. PORCHIA, *La giurisprudenza comunitaria sugli aiuti pubblici alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 36 ss.; C. QUIGLEY, *The Notion of State Aids in the EEC*, in *El. Rev.*, 1988, p. 242 ss.; H. REICHENBACH - S. LEHNER - R. MEIKLEJOHN, *Per una concorrenza equa nel mercato unico: la politica comunitaria in materia di aiuti statali*, in *Economia europea*, n. 48, 1991, p. 58 ss.; G. M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1997; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2001, p. 647 ss.; A. TIZZANO, *La nozione di aiuto pubblico in diritto comunitario*, in *Europa e Mezzogiorno*, 1988, p. 9 ss.; M. TODINO, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 507 ss.; E. TRIGGIANI, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, Cacucci, 1993; I. VAN BAEL - J. F. BELLIS, *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità europea*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 853; P. WAREHAM, *State aids*, in *Dir. Mar.*, 2001, p. 124.

⁵ Tra i saggi dedicati alla specifica applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato al trasporto aereo, si leggano in particolare i contributi di A. ANTONINI, *Gli oneri di pubblico servizio e gli aiuti di Stato nel trasporto aereo*, in *Dir. traspr.*, 2000, I, p. 67 ss.; J. BALFOUR, *The control of*

Innanzitutto, occorre rilevare che, come la Commissione non manca di sottolineare, l'aiuto oggetto della disamina, è peculiare sotto un primo aspetto, ovvero quello del destinatario⁶.

Pregiudizialmente, dunque, si è posta la questione se l'analisi del caso in oggetto possa essere svolta alla luce delle norme e della prassi in materia di aiuti di Stato.

In tale ambito, infatti, di norma, il soggetto beneficiario del contributo è un'impresa: il punto è indiscutibile, poiché la *ratio* stessa della disciplina che vieta gli aiuti di Stato muove dalla osservazione e dal monitoraggio del mercato e ha, come fondamento, il controllo del libero dispiegarsi della concorrenza tra le imprese.

Ha carattere di originalità, dunque, il caso in oggetto, che nasce da un regime di sgravi fiscali destinato ai contribuenti che decidano di operare investimenti, ma che ha, quale effetto, quello di consentire l'attribuzione di benefici indiretti alle imprese, pur attraverso un meccanismo mediato.

L'acquisto di un aeromobile, o, per meglio dire, il *leasing* dello stesso, secondo uno schema di noleggio per cinque anni e successiva facoltà di acquisto, costituisce, infatti, un investimento di portata ragguardevole e lo sgravio, ottenuto dal contribuente in virtù del regime fiscale in oggetto, costituisce, senza dubbio, un aiuto indiretto all'impresa.

Si ritiene che l'argomentazione muova da due diversi ordini di considerazioni: da un lato, la Commissione ha costantemente sostenuto che la forma sotto cui i finanziamenti sono erogati non assume, ai fini della valutazione in ordine alla compatibilità degli stessi, alcuna rilevanza; dall'altro, ciò che deve essere verificato, è che, concretamente, l'impresa ottenga un vantaggio, economicamente apprezzabile⁷.

Si tratta dei due principi della irrilevanza della forma⁸ e del criterio dell'effetto⁹, che sono qui applicati in modo coordinato e concomitante, e costi-

State Aids in the Air Transport Sector, in *Air Law*, 1993, p. 199 ss.; P. GIRARD, *Politique commune des transports et aides d'Etat*, in *RMUE*, 1997, 4, p. 59 ss.; O. JANKOVEC, *La politique commune des transports aériens*, in *RMUE*, 1998, p. 169 ss.; N. DE LUCA, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo*, Roma, LUISS Edizioni, 2000; E. A. RAFFAELLI, *Gli aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.* 1998, p. 1429 ss.; G. I. ZEKOS, *The implementation of EU Competition Policy and its Rules in Air and Maritime Transport*, in *ECLR*, n.7, 1998, p. 430 ss.

⁶ Si leggano le osservazioni effettuate ai punti 26, 27 e 28 del provvedimento in esame.

⁷ Sul punto, si analizzino le argomentazioni contenute nella sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 1991 in causa n. C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires c. Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1505; sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in causa n. C-39/94, *SFEI e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3547; sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 1999 in causa n. C-295/97, *Piaggio*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3735; sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 1994 in causa n. C-387/92, *Banco exterior de Espana c. Ayuntamiento di Valencia*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 877, par. 13; si confrontino anche le osservazioni della Commissione nella risposta all'interrogazione *Burgbacher*, in *Guce* n. C 125 del 19 maggio 1963; e risposta all'interrogazione *Welsh* in *Guce* n. C 221 del 31 gennaio 1982.

⁸ Da un'analisi generale delle pronunce analizzate, si può osservare che sono stati ricondotti

tuiscono esplicitazione della necessità di verificare, caso per caso, quanto alla compatibilità degli aiuti, qualora gli stessi non rientrino nelle ipotesi già previamente autorizzate dal Trattato.

Sulla base di tali osservazioni preliminari, la Commissione sancisce che la fattispecie in oggetto debba essere analizzata alla luce della disciplina in materia di aiuti di Stato.

II. Aiuti di Stato e trasporto aereo

Al di là dei profili generali di interesse per la materia degli aiuti di Stato, il provvedimento in questione assume specifica rilevanza quanto al mercato del trasporto aereo, per due ordini di motivi, ovvero: per la tipologia di aiuto autorizzato, quello dell'acquisto di un mezzo, nonché per la nozione di mercato ri-

alla nozione di aiuto provvedimenti assai eterogenei, quali: agevolazioni ed esenzioni fiscali; sovvenzioni dirette a ripianare perdite di bilancio; sovvenzioni per la copertura di costi di nuovi investimenti; garanzie dello Stato sui debiti; dilazioni nei pagamenti di prestazioni dovute da leggi; forniture o acquisti di beni e servizi a condizioni particolarmente favorevoli; cessioni di immobili a titolo gratuito o a condizioni favorevoli rispetto a quelle del mercato. Così, recentemente, la Corte di giustizia nella sentenza dell'11 luglio 1996 in causa n. C-39/94, *SFEI, cit. supra*, nota 7, ha affermato che «la fornitura di assistenza logistica e commerciale senza normale contropartita da parte dell'impresa pubblica alle sue controllate di diritto privato attive in un settore aperto alla libera concorrenza può configurare un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92 (ora 87) del Trattato»; nella causa *Repubblica Federale di Germania c. Commissione* (sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2000 in causa n. C-156/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6857), e con maggiore pertinenza al caso che qui si esamina, la Corte ha rilevato che la rinuncia dello Stato membro alla riscossione di tributi, con la conseguenza per gli investitori di poter acquisire la partecipazione ad imprese a condizioni più vantaggiose, costituisce un aiuto di Stato, poiché, a prescindere dalle scelte soggettive dei risparmiatori, che possono autonomamente rinunciare a tale possibilità, vi è un legame diretto tra sgravio fiscale e modificazione delle condizioni economiche del mercato a favore delle imprese interessate dalla misura. Nello stesso senso va letta la recente sentenza *Repubblica italiana c. Commissione*, in riferimento al regime di credito di imposta a favore del settore dei trasporti merci su strada, istituito dalla Repubblica italiana con l. 27 maggio 1993, n. 162 e l. 22 marzo 1995, n. 84 (sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 1999 in causa n. C-6/97, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1535 ss.). La sentenza conferma il consolidato orientamento secondo cui il concetto di aiuto di Stato comprende non solo prestazioni positive, come le sovvenzioni, ma anche gli interventi che alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa, come le agevolazioni fiscali, come già affermato dalla Commissione nella propria *Comunicazione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, in *Guce* n. C 384 del 10 dicembre 1998, p. 3 ss. Per un'ampia disamina del tema si leggano, in dottrina, F. ROCCATAGLIATA - S. MEDICI, *Normativa comunitaria in materia di aiuti concessi dallo Stato alle imprese sotto forma di agevolazioni fiscali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 619 ss.; F. RONCO, *Il credito di imposta all'autotrasporto come aiuto di Stato*, in *Dir. Mar.*, 2001, p. 1350 ss.

⁹ Il criterio degli effetti dell'aiuto, secondo la definizione dell'art. 87 del Trattato, e nell'elaborazione costante operata dalla Corte di giustizia, attiene al fatto che non rileva, in alcun modo, la causa o lo scopo dell'intervento, ma solo gli effetti prodotti sul mercato comunitario; essi possono assumere rilevanza solo in relazione alla valutazione in merito alla sussistenza delle ipotesi di deroga di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 87; si leggano, sul punto, sentenze della Corte di giustizia del 2 luglio 1974 in causa n. C-173/73, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Raccolta*, 1974, p. 709; del 24 febbraio 1987 in causa n. C 310/85, *Deufin GmbH KG c. Commissione*, in *Raccolta*, 1987, p. 901; del 26 settembre 1996 in causa n. C-241/94, *Repubblica Francese c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4551, par. 20 nonché sentenza del Tribunale di primo grado del 28 gennaio 1999 in causa n. T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 595.

levante, derivante dall'esame di quello caraibico, servito dall'azienda beneficiaria, apparentemente lontano ed estraneo all'ambito strettamente comunitario.

Appare opportuno, al fine di cogliere l'originalità e l'importanza delle argomentazioni contenute nella lettera *de qua*, fare il punto, sinteticamente, sulle posizioni consolidate, dalla prassi e dalla giurisprudenza, in tema di aiuti di Stato al trasporto aereo.

La copiosità delle decisioni assunte e delle sentenze emanate, consente oggi, infatti, di trarre alcune conclusioni in merito ai criteri che caratterizzano e guidano la valutazione delle Autorità comunitarie quanto alla compatibilità delle sovvenzioni accordate ai soggetti che agiscono nel mercato dell'aviazione civile e commerciale¹⁰.

Il mercato del trasporto aereo è da sempre connotato da caratteristiche del tutto peculiari: per l'importanza economica che riveste e per i tradizionali legami con il settore della difesa, esso è stato caratterizzato da un intervento permeante dello Stato e da uno spiccato protezionismo¹¹.

¹⁰ Sono moltissime le decisioni delle Autorità comunitarie che sono pertinenti in modo diretto o indiretto al trasporto aereo; tra quelle maggiormente rilevanti si segnalano: *Sabena*, n. 91/555 Cee del 24 luglio 1991, in *Guce* n. L 300 del 31 ottobre 1991, p. 48; *Aer Lingus*, n. 94/118 Ce del 21 dicembre 1993, in *Guce* n. L 54 del 25 febbraio 1994, p. 30; *Tap*, n. 94/698 Ce del 6 luglio 1994, in *Guce* n. L 279 del 28 ottobre 1994, p. 29; *Air France*, n. 94/653 Ce, in *Guce* n. L 254 del 30 settembre 1994, p. 73; *Olympic Airways*, n. 94/696 Ce del 7 ottobre 1994, in *Guce* n. L 273 del 25 ottobre 1994; *Sardegna*, n. 96/110 Ce del 19 luglio 1995, in *Guce* n. L 26 del 2 febbraio 1996; *Vlaamse Luchttransportmaatschappij nv*, n. 95/466 Ce del 26 luglio 1995, in *Guce* n. L 267 del 9 novembre 1995, p. 49; *Iberia*, n. 96/278 Ce del 31 gennaio 1996, in *Guce* n. L 104 del 27 aprile 1996; *Compagnie aeree tedesche*, n. 96/369 Ce del 13 marzo 1996, in *Guce* n. L 146 del 20 giugno 1996; *Casa*, n. 97/807 Ce del 30 aprile 1997, in *Guce* n. L 331 del 3 dicembre 1997; *Alitalia*, n. 97/789 Ce del 15 luglio 1997, in *Guce* n. L 322 del 15 novembre 1997, p. 44; *Air Belgium*, n. 98/337 Ce del 21 gennaio 1998, in *Guce* n. L 148 del 19 maggio 1998; n. 1999/197/Ce del 22 luglio 1998, in *Guce* n. L 63 del 12 marzo 1999, p. 66 (Seconda decisione *Air France*); 2001/698/Ce del 18 luglio 2001, relativa agli aiuti per la formazione che il Belgio ha concesso alla società Sabena, in *Guce* n. L 249 del 19 settembre 2001; del 18 luglio 2001, 2001/723/Ce, relativa alla ricapitalizzazione della società Alitalia, in *Guce* n. L 271 del 12 ottobre 2001, p. 28; tra le sentenze si confrontino, sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-214/95, *Het Vlaamse Gewest (Regione Fiamminga) c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 717; sentenza del Tribunale del 25 giugno 1998 in cause riunite n. T-371/94 e n. T-394/94, *British Airways e a. c. Commissione e Air France*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 2405, punto 187; anche sentenza del Tribunale del 15 settembre 1998, *Ryanair Limited c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 3327; sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-16/96, *Cityflyer Express Ltd c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 717.

¹¹ Le molte sfaccettature del naturale legame tra Stato e trasporto aereo sono state colte con estrema chiarezza e puntualità dalla dottrina (A. SCIALOJA, *Corso di diritto della navigazione*, I, Roma, Soc. Ed. del Foro italiano, 1943, p. 272) che sottolinea che «vi sono ragioni o preoccupazioni politiche e militari che giustificano un più penetrante intervento dello Stato in tutto ciò che riguarda l'organizzazione e l'esercizio del traffico aereo. Se non è esatto dire che la politicità è un carattere peculiare del diritto aeronautico, è certo tuttavia che alcuni particolari atteggiamenti di istituti giuridici pubblici della navigazione aerea si ispirano ad esigenze di superiori e preminenti interessi dello Stato». Il legame tra Stato e trasporto aereo si manifesta sotto un triplice profilo, regolatore, programmatico e gestionale; così, pur nella constatazione che esistono forme assai differenziate di intervento, può osservarsi in generale che lo Stato tradizionalmente regola e controlla le più importanti aree del settore: la sicurezza del trasporto, il finanziamento delle compagnie di bandiera, il controllo del traffico, la costruzione degli aeroporti; si vedano sul punto le argomentazioni offerte da G. SILINGARDI, *L'incidenza sul codice della navigazione della norma-*

Trattandosi, poi, di un'attività a vocazione internazionale, esso è stato anche oggetto di una capillare ed integrale regolamentazione uniforme, attraverso Convenzioni internazionali e accordi tra Stati¹².

A causa di tali caratteristiche strutturali, l'elemento concorrenziale è assente, sotto il profilo storico, per lungo tempo da tale mercato, che gli Stati regolamentano e proteggono in modo integrale.

I processi di liberalizzazione, che prendono il via nel mercato statunitense e si propagano sino al mercato comunitario, interessano gli ultimi vent'anni dell'aviazione civile e commerciale, per cui ben può dirsi che sono ancora molti gli ostacoli sulla strada di una piena e integrale concorrenzialità del mercato aereo¹³.

Il legislatore comunitario, in particolare, solo nel 1992¹⁴ ha proceduto alla creazione, o per meglio dire al perfezionamento, di un mercato comune del-

tiva comunitaria sul trasporto aereo, in *Dir. traspr.*, 1997, p. 76-81; A. C. PELLICELLI, *Le compagnie aeree. Economia e gestione del trasporto aereo*, Milano, Giuffrè, 1996.

¹² Sull'organizzazione del trasporto aereo internazionale, si leggano in particolare i contributi di T. BALLARINO - S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, Milano, Giuffrè, 1988; B. CHENG, *The law of international air transport*, London, Dobbs Ferry, 1962; I. DIEDERICKS - H. VERSCHOOR, *An introduction to Air Law*, IV ed., Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1991; M. G. FOLLIOT, *Les relations aériennes internationales*, Paris, Editions A. Pedone, 1985; M. GRIGOLI, *Il diritto della navigazione tra codificazione e decodificazione*, I, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1993; J. GUILLOT, *Libertés de l'air et droits commerciaux*, 22 *RFDA*, 1968, p. 15 ss.; ID., *L'économie du transport aérien. Libertés de l'air et échanges de droits commerciaux*, Paris, 1970; S. B. ROSENFELD, *The regulation of international commercial aviation. The international regulatory structure*, New York, Dobbs Ferry, 1984; G. SILINGARDI, *Attività di trasporto aereo e controlli pubblici*, Padova, Cedam, 1984; E. TURCO BULGHERINI, *La disciplina giuridica degli accordi aerei bilaterali*, Padova, Cedam, 1984; W. J. WAGNER, *Les libertés de l'air*, Paris, Editions Internationales, 1948.

¹³ Sul concetto di *deregulation* in generale, e sulla sua applicazione al settore del trasporto aereo, sia sotto il profilo giuridico che economico, si leggano lo studio IATA, *Deregulation Watch*, Consolidated Report, 1985; nonché i contributi di E. BAILEY - D. GRAHAM - D. KAPLAN, *Deregulating the Airlines*, Cambridge, MIT Press, 1985; E. BAILEY - J. PANZAR, *The contestability of Airline markets during the transition to deregulation*, in *Law & Contemporary problems*, 1981; E. BAILEY - J. WILLIAMS, *Sources of Economic Rent in the Deregulated Airline Industry*, in *Journal of Law & Economics*, XXXI, 1988, p. 173 ss.; P. S. DEMPSEY, *The social and economic Consequences of Deregulation*, Washington, Greenwood Press, 1990; dello stesso autore, *The re-regulation reaction*, in *Aviation Economist*, november 1992; D. M. KASPER, *Deregulation and Globalisation*, Cambridge, Ballinger Publication, 1988; M. E. LEVINE, *Airline Competition in Deregulated markets: Theory, Firm, Strategy and Public Policy*, in *Yale Journal of Regulation*, 4, n. 2, 1987, p. 393 ss.

¹⁴ La *deregulation* del trasporto aereo comunitario, avvenuta per tappe e gruppi di provvedimenti, si perfeziona e completa con l'emanazione del cosiddetto «terzo pacchetto di liberalizzazione», costituito da cinque regolamenti, tra cui il regolamento Cee n. 2407/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sul rilascio delle licenze ai vettori aerei, il regolamento Cee n. 2408/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, il regolamento Cee n. 2409/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sulle tariffe aeree per il trasporto di passeggeri e di merci, tutti in *Guce* n. L 240 del 24 luglio 1992, p. 15. I tre regolamenti fanno parte di un più ampio gruppo di provvedimenti (che comprende anche i regolamenti n. 2410 e n. 2411 del Consiglio del 23 luglio 1992). Il regolamento n. 2407 introduce la licenza comunitaria (e il correlato concetto di vettore comunitario) che può ottenere ogni soggetto comunitario che sia in possesso di adeguati e precisi requisiti tecnici, finanziari e operativi; il regolamento n. 2408 liberalizza integralmente l'accesso alle rotte comunitarie, che viene consentito a qualsiasi vettore comunitario, anche per quanto concerne il cosiddetto traffico di cabotaggio, ossia le tratte interne ad ogni Stato membro. Infine il regolamento n. 2409 sancisce il principio del *free pricing*, ovvero consente ad

l'aviazione civile e commerciale e la giurisprudenza della Corte di giustizia e le decisioni della Commissione, in materia di concorrenza, hanno alimentato tale processo e corretto le prevedibili distorsioni protezionistiche che il mercato ha mantenuto e continuato a generare¹⁵.

In materia di aiuti di Stato al trasporto aereo, per quanto qui di interesse, l'analisi del vastissimo numero di casi suggerisce, oggi, un quadro preciso, in relazione ai principi consolidati, nonché a quelli in via di formazione.

Una prima osservazione riguarda le considerazioni più volte ribadite sulle peculiarità del mercato del trasporto aereo, e, in particolare, alcuni elementi che ricorrono nelle argomentazioni svolte dalla Commissione e dalla Corte di giustizia.

Un rilievo, di carattere generale, concerne la qualificazione del settore dell'aviazione commerciale come segmento altamente concorrenziale¹⁶: in un mercato caratterizzato, infatti, da così intensa concorrenza, nonché da internazionalità, per propria natura, gli aiuti incidono necessariamente sugli scambi intracomunitari¹⁷.

Ne consegue, parallelamente, che anche una minima agevolazione comporta una distorsione della concorrenza: nel settore del trasporto aereo non ri-

ogni vettore di determinare liberamente le tariffe da esso applicate nello svolgimento dei propri servizi aerei; il controllo pubblico resta, in modo del tutto residuale, per le sole ipotesi di violazione delle norme concorrenziali.

¹⁵ Sulla liberalizzazione del mercato aereo comunitario, particolare rilevanza rivestono i contributi di S. VALBUSA, *Handling aeroportuale e regolamenti Cee*, in *Dir. trasp.*, 1992, I, p. 109; S. BUSTI, *La nuova disciplina comunitaria dei servizi aerei*, in questa *Rivista*, 1993, p. 187; P. GIRARDI, *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo in Europa: contenuti e problemi applicativi*, in *Dir. trasp.*, 1993, I, p. 39; P. GIRARDI - C. COLETTA, *Assistenza aeroportuale e libero mercato: evoluzione della normativa di diritto comunitario e di diritto interno*, in *Dir. trasp.*, 1996, I, p. 73; S. PIANESE, *Brevi note alla direttiva comunitaria sull'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità*, in questa *Rivista*, 1997, p. 271; G. SILINGARDI, *L'incidenza sul codice della navigazione della normativa comunitaria sul trasporto aereo*, in *Dir. trasp.*, 1997, II, p. 343; P. GIRARDI, *La legge comunitaria 24 aprile 1998 n. 128 e le norme dell'Unione europea in tema di accesso al mercato del trasporto aereo: nuove opportunità ed antichi difetti*, in *Dir. trasp.*, 1998, III, p. 699; F. MUNARI, *La liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione Europea tra lotta alle discriminazioni e compressione delle competenze statali*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 207; O. JANKOVEC, *La politique commune des transports aériens*, *RMUE*, 1999, 2, p. 145; C. SALQUE, *La stratégie industrielle des groupes européens de l'Aéronautique, de l'espace et de la défense face à la concurrence internationale: création d'entreprises communes et respect du droit communautaire de la concurrence*, *RMUE*, 1999, 4, p. 45.

¹⁶ La Corte ha precisamente affermato che «nel momento in cui un'autorità pubblica favorisce un'impresa che opera in un settore caratterizzato da un'intensa concorrenza concedendole un'agevolazione, si verifica una distorsione della concorrenza o il rischio di una tale distorsione. Se il vantaggio è ridotto, la concorrenza è falsata in maniera ridotta, ma essa è nondimeno falsata»; si confronti quanto contenuto in sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-214/95, *Het Vlaamse Gewest*, *cit. supra*, nota 10; conformemente sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1990 in causa n. C-142/87, *Belgio c. Commissione*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 959; sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 1994 in cause riunite da n. C-278 a n. 280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4103.

¹⁷ Si confronti anche decisione della Commissione n. 94/653/Ce del 27 luglio 1994, relativa all'aumento di capitale di Air France notificato dal Governo francese, in *Guce* n. L 254 del 30 settembre 1994, p. 73.

leva dunque, l'entità dell'aiuto concesso, poiché gli aiuti sono ritenuti distortivi in quanto tali¹⁸.

Quanto alla tipologia delle ipotesi censurate, sono state sanzionate tutte le sovvenzioni che, anche in modo indiretto, possono favorire i vettori: nel mercato del trasporto aereo, tale principio, riconducibile al principio dell'effetto, è stato applicato in modo particolarmente rigoroso, analizzando tutte le attività che fanno capo ad un vettore, che, in taluni casi, possono essere molto diversificate¹⁹.

Un altro punto attiene, poi, ad un preciso aspetto della specialità delle condizioni economiche e di mercato dell'aviazione commerciale: a differenza di altri settori industriali, la giurisprudenza ritiene usuale che una compagnia aerea subisca perdite nei primi anni di esercizio²⁰.

Da ciò consegue una necessaria modulazione del giudizio in merito alla resa economica della compagnia stessa.

Ancora, le sovvenzioni al trasporto aereo sono state autorizzate solo in casi di carattere eccezionale: in particolare, per il principio dell'*una tantum*, a seguito della liberalizzazione del 1993, la maggior parte delle ex compagnie di bandiera hanno potuto fruire di aiuti alla ristrutturazione, per far fronte ai cambiamenti strutturali necessari ad adattarsi alla nuova realtà giuridica ed economica, con la precisazione che, tale deroga, era accordata solo in occa-

¹⁸ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-214/95, *Het Vlaamse Gewest*, cit. supra, nota 10, p. 8 ss., ove si afferma che «anche un aiuto di entità relativamente esigua può incidere sugli scambi fra Stati membri qualora, come nella fattispecie, il settore nel quale opera l'impresa che ne fruisce sia altamente concorrenziale»; conformi sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1987 in causa n. C-259/85, *Francia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1985, p. 4393; sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-303/88, *Italia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1988, I, p. 1433.

¹⁹ Ciò è conforme alle indicazioni contenute nella Comunicazione della Commissione sugli aiuti all'aviazione civile; le attività esplicitamente citate dalla comunicazione si riferiscono alle scuole di volo, ai *duty free shop*, agli impianti aeroportuali, franchigie, oneri aeroportuali; la modificazione strutturale del settore dell'aviazione civile, seguita alla liberalizzazione, ha inciso fortemente sull'assetto societario delle compagnie aeree, introducendo nuovi modelli di *marketing* applicabili; le attività connesse e affiancate al puro servizio di trasporto aereo delle compagnie si sono moltiplicate, e concernono principalmente settori quali turismo, ristorazione, manutenzione aerea, informatica commerciale, trasporto merci; cfr. sul punto sentenze del Tribunale del 25 giugno 1998 in cause riunite n. T-371/94 e n. T-394/94, *British Airways* e del 15 settembre 1998 in causa n. T-140/95, *Ryanair Limited*, entrambe cit. supra, nota 10. Il controllo sugli aiuti di Stato, deve tenere conto di tali nuovi assetti, per individuare ipotesi di aiuti non immediatamente evidenti.

²⁰ Così testualmente nella sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-214/95, *Het Vlaamse Gewest*, loc. cit., in riferimento alla complessità della valutazione in merito alla profittabilità della concessione di un prestito ad una compagnia. L'argomentazione è stata offerta a sostegno dei benefici accordati a vettori cosiddetti *new entrant*; mentre le *major*, infatti, hanno ottenuto prestiti al fine di una ristrutturazione, con piani decennali, costituirebbe, a parere della giurisprudenza, una evidente discriminazione la mancata concessione di sovvenzioni a compagnie di più recente costituzione, solo in ragione di perdite di esercizio, che si ritengono connaturate alle particolari caratteristiche del settore del trasporto aereo.

sione del momento storico di cambiamento e non avrebbe potuto ripetersi in alcun modo²¹.

Sulla scorta di tali considerazioni, sotto il profilo formale, gli aiuti alla ristrutturazione, sono stati accordati per *tranche* successive, ovvero non consentendo l'erogazione del beneficio in un'unica soluzione, e ciò, al fine di agevolare il controllo e il monitoraggio progressivo.

Infine, in piena rispondenza con la *ratio* che informa il divieto di aiuti, non viene attribuita alcuna rilevanza alla circostanza che concorrenti dell'impresa beneficiaria fruiscono di aiuti statali, poiché una violazione del Trattato, da parte di uno Stato membro, non può in alcun modo legittimare altri Stati membri a contravvenire agli obblighi dello stesso²².

Tali osservazioni rendono evidente che il giudizio sulla compatibilità dell'aiuto deve tenere conto, necessariamente di tutti i fattori ambientali, politici, economici e sociali, che possono influire sulla situazione economica del segmento industriale considerato.

La Commissione gode, nell'elaborazione del proprio giudizio sull'aiuto, di un ampio potere discrezionale²³, che implica, dunque, valutazioni complesse ed è accompagnato dall'obbligo di esaminare, in modo accurato ed imparziale, tutti gli elementi rilevanti della fattispecie²⁴.

Uno dei criteri che informano tale giudizio è il principio di proporzionalità, ovvero quello che prevede che l'entità dell'aiuto debba essere proporzionata rispetto agli obiettivi ad esso connessi e causare la minima distorsione possibile sul mercato.

²¹ La situazione congiunturale dell'inizio degli anni Novanta, periodo in cui vengono avviate e autorizzate tutte le ristrutturazioni delle *major*, si presentava particolarmente complessa e difficoltosa; le cause principali delle perdite riscontrate dai vettori nascevano da due fattori principali: la recessione economica seguita alla crisi del Golfo; gli investimenti in aeromobili effettuati al termine degli anni Ottanta sulla base di programmi commerciali ottimistici, che avevano comportato una capacità eccessiva a fronte di una non corrispondente crescita della domanda. Il dato relativo ai passeggeri, inoltre, metteva in luce orientamenti di maggiore contenimento dei costi da parte degli stessi, con le conseguenti ripercussioni finanziarie negative sulle compagnie. Va detto che tale principio ha subito oggi consistenti temperamenti in seguito ai recenti fatti terroristici del settembre 2001, che hanno spinto le compagnie a richiedere nuovi aiuti per far fronte ad un nuovo momento storico di crisi congiunturale.

²² Sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-214/95, *Het Vlaamse Gewest*, *cit. supra*, nota 10, p. 54 ss.

²³ Ciò è confermato da giurisprudenza costante ed è attuazione di un principio generale; sul punto, per tutte, si legga quanto affermato in sentenza della Corte 17 settembre 1980 in causa n. C-730/79, *Philip Morris c. Commissione*, in *Raccolta*, 1980, p. 2671; nell'attuazione di tale potere discrezionale la Commissione è legittimata ad adottare i criteri che ritiene più opportuni, sempre che tali criteri siano conformi al disposto degli artt. 3, lett. c. e 92 del Trattato, cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-214/95, *Het Vlaamse Gewest*, *loc. cit.*, punto 89.

²⁴ Il sindacato sulla decisione adottata dalla Commissione dovrà limitarsi, pertanto, alla verifica del rispetto delle norme relative alla procedura e alla motivazione, all'esattezza materiale dei fatti considerati nell'operare la scelta contestata, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione di tali fatti o dell'insussistenza di sviamento di potere; cfr. sentenza del Tribunale del 25 giugno 1998 in cause riunite n. T-371/94 e n. T-394/94, *British Airways*, *cit. supra*, nota 10.

L'ambito commerciale, da valutare al fine della formulazione di tale giudizio, è il mercato rilevante entro cui opera il vettore: ad una prima evidente considerazione, che suggerisce che l'indagine si estenda, come normalmente avviene, al mercato comunitario, deve seguire una più approfondita riflessione, poiché ben più ampio è l'ambito di operatività delle compagnie comunitarie²⁵.

La questione non può trovare, come anche asserito dalla giurisprudenza, una risposta univoca, poiché le singole ipotesi differiscono grandemente sotto il profilo societario, e il mercato rilevante, o quello ritenuto tale dalla Commissione, andrà individuato caso per caso.

Anche il criterio dell'investitore in economia di mercato²⁶ è stato opportunamente precisato dalla giurisprudenza: ferma la costante applicazione che ne è stata fatta nel settore, il Tribunale ha avuto modo di chiarire che, ai fini della valutazione in merito al ricorrere di tale criterio, si deve tenere conto dell'atteggiamento che avrebbe tenuto, all'atto della concessione del finanziamento, un investitore privato in normali condizioni di mercato, alla luce delle informazioni disponibili e degli sviluppi prevedibili in quel momento²⁷.

Non rileva affatto, dunque, la circostanza che l'evoluzione della situazione avvenga in modo diverso da come era stato ragionevolmente ipotizzato e da come l'investitore avrebbe potuto prevedere.

Inoltre, la redditività attesa da un investitore deve essere intesa in stretto riferimento alla situazione societaria: non può essere presa in considerazione, in altri termini, alcuna ripercussione positiva esterna, che assume primaria

²⁵ Si confronti sentenza del Tribunale di primo grado del 25 giugno 1998 in cause riunite n. T-371/94 e n. T-394/94, *British Airways*, cit. supra, nota 10: il Tribunale ha ritenuto incensurabile l'individuazione del mercato rilevante effettuata dalla Commissione, che aveva optato per una valutazione complessiva dell'aiuto ad Air France, e non aveva compiuto un'analisi dell'impatto concorrenziale linea per linea, imponendo, tuttavia, a garanzia della non distorsione dell'aiuto e al fine di limitare il margine di azione di Air France, una serie di condizioni aggiuntive, in relazione a capacità, offerta e tariffe.

²⁶ In dottrina, specificamente in riferimento al caso italiano si legga il contributo di V. M. COCCIA, *Le partecipazioni statali italiane davanti alla Corte di giustizia. Aiuti di Stato o aiuti di status*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 966; la ratio del principio dell'economia di mercato è che gli enti pubblici che si trovano a svolgere operazioni commerciali, dovrebbero comportarsi come un investitore, prestatore o garante privato e, specularmente, che al beneficiario del finanziamento non venga attribuito un vantaggio che non avrebbe potuto ottenere alle normali condizioni di mercato; si confronti, sul punto, in giurisprudenza, sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-303/88, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1433; sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-305/89, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1603; in dottrina si legga il contributo di P. MENGOZZI, *Il principio dell'investitore in un'economia di mercato*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, p. 19 ss.

²⁷ Si confronti quanto argomentato in sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-214/95, *Het Vlaamse Gewest*, cit. supra, nota 10, ove il Tribunale afferma, in riferimento al prestito accordato a VLM che «il fatto che le perdite subite da VLM siano state circa tre volte superiori alla stima che compare nella decisione impugnata può avere incidenza sulla legittimità di quest'ultima solo se è palese che un investitore privato avrebbe previsto che le perdite della VLM sarebbero state superiori a tale stima».

importanza per il pubblico potere, ma non verrebbe presa in considerazione da un normale investitore²⁸.

Le sovvenzioni così accordate, al fine di essere giustificate, devono garantire un recupero della produttività degli operatori, ovvero un riavvio effettivo della redditività, per evitare di garantire la sopravvivenza di soggetti meramente improduttivi, elemento che non avrebbe giustificato il sacrificio richiesto allo svolgersi del libero mercato.

«Recupero della produttività» è un'espressione che deve essere intesa in senso restrittivo: una delle condizioni costantemente richieste agli operatori beneficiari dell'aiuto, è quella del mancato accrescimento della flotta o del numero delle rotte operate.

L'aiuto deve consentire, infatti, un mero recupero della capacità operativa del soggetto, ma dallo stesso non può derivare una crescita del vettore a danno degli altri operatori che non usufruiscono del medesimo beneficio.

Sempre in riferimento al medesimo criterio, si è ribadito che il principio si applica nello stesso modo sia al caso di una partecipazione al capitale che al caso di un prestito, fattispecie che ricorre assai spesso nel settore del trasporto aereo.

La soluzione contraria, infatti, consentirebbe agli Stati, com'è immediato rilevare, di finanziare i vettori attraverso prestiti, anziché attraverso apporti di capitale.

Il giudizio prognostico, che presiede alla valutazione della fattispecie, secondo il principio dell'investitore in economia di mercato, sarà teso, in tale ipotesi, alla verifica della possibilità per l'impresa di reperire sul mercato un prestito alle medesime condizioni: l'elemento di aiuto sarà pari all'intera somma, qualora si accerti che non avrebbe potuto ottenere alcun prestito, ovvero alla differenza tra il tasso che avrebbe caratterizzato un prestito ordinario e quello, eventualmente più favorevole, applicato dallo Stato²⁹.

Ancora, il giudizio relativo alle condizioni da imporre ai fini della compatibilità dell'aiuto dovrà diversamente atteggiarsi, nei due casi nel rispetto del, già osservato, principio di proporzionalità.

La valutazione della Commissione, come già analizzato, è informata a numerosi principi ed è sottoposta ad un rigoroso obbligo di motivazione: è

²⁸ Si legga quanto argomentato in decisione della Commissione del 26 luglio 1995, concernente l'aiuto accordato dalla Regione Fiamminga alla compagnia belga Vlaamse Luchttransportmaatschappij NV, in *Guze* n. L 267 del 9 novembre 1995, p.49 e sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-214/95, *Het Vlaamse Gewest, cit. supra*, nota 10, ove si rileva che gli effetti positivi dell'aiuto sulla regione di appartenenza del vettore non vengono in rilievo al fine della giustificazione dell'aiuto.

²⁹ Si legga quanto affermato in sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-16/96, *Cityflyer Express, cit. supra*, nota 10, secondo cui «applicato alla concessione di un prestito, il principio, richiederebbe che ci si ponesse la questione se un investitore privato avrebbe concesso il prestito al beneficiario alle condizioni alle quali lo stesso è stato effettivamente accordato; in caso negativo il capitale dovrebbe essere qualificato come aiuto».

costante la giurisprudenza sul punto nel ribadire che «la motivazione richiesta dall'art. 190 del Trattato consta nel far apparire in modo chiaro e non equivoco l'argomentazione dell'istituzione comunitaria da cui emana l'atto considerato, onde consentire al giudice di esercitare il suo controllo e agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato per tutelare i propri diritti»³⁰.

La Commissione, tuttavia, non è obbligata a prendere posizione su tutti gli argomenti che gli interessati fanno valere dinanzi ad essa: è sufficiente che essa esponga i fatti e le considerazioni giuridiche che hanno un ruolo essenziale nell'adozione della decisione³¹.

La nozione di «interessati» deve essere intesa in riferimento non solo al soggetto direttamente ed individualmente riguardato dalla decisione, ma comprende ogni impresa in concorrenza con l'operatore beneficiario dell'aiuto³²: pertanto la motivazione di una decisione adottata in materia di aiuti di Stato non può essere determinata in funzione dell'interesse ad essere informato del solo Stato membro al quale detta decisione è rivolta.

Sempre in riferimento al profilo formale, in relazione alle modalità di concessione dell'aiuto, erogato per *tranche* successive, si è dibattuto in ordine alla necessità di riaprire il procedimento qualora non siano stati raggiunti i risultati intermedi attesi³³, in particolare le condizioni definite essenziali dalla Commissione nella propria decisione di autorizzazione.

Il Tribunale di primo grado, sul punto, ha recentemente affermato che «il mancato rispetto di una delle condizioni imposte nella decisione di approvazione dell'aiuto, ha quale conseguenza che le *tranche* successive dell'aiuto si devono presumere incompatibili con il mercato comune»³⁴.

³⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1990 in causa n. C-350/88, *Delacre c. Commissione*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 395; sentenza del Tribunale del 25 giugno 1998 in cause riunite n. T-371/94 e n. T-394/94, *British Airways*, *cit. supra*, nota 10, punto 89.

³¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 30 aprile 1998 in causa n. T-214/95, *Het Vlaamse Gewest*, *cit. supra*, nota 10, punti 63 e 64.

³² Sentenza del Tribunale del 25 giugno 1998 in cause riunite n. T-371/94 e n. T-394/94, *British Airways*, *loc. cit.*, punti 90-91-92.

³³ La decisione con cui la Commissione autorizza gli aiuti contiene, infatti, delle precise condizioni che devono ricorrere perché esso sia ritenuto compatibile e definisce degli obiettivi successivi da raggiungere al termine di ogni *tranche*.

³⁴ Si confronti sentenza del Tribunale di primo grado del 15 settembre 1998 in causa n. T-140/95, *Ryanair Limited*, *cit. supra*, nota 10: il caso aveva per oggetto la domanda di annullamento della decisione della Commissione del 21 dicembre 1994 che autorizzava il Governo irlandese al pagamento della seconda *tranche* dell'aiuto al gruppo Aer Lingus. Con la decisione controversa era stata consentita l'erogazione di una sovvenzione al gruppo Aer Lingus, nel quadro di un piano di ristrutturazione e a precise condizioni quali, in particolare: impossibilità di erogare la seconda e la terza *tranche* in mancanza dell'ottenimento di una ben individuata riduzione di costi e della presentazione alla Commissione di un rapporto sui margini di produttività ottenuti; non estensione della flotta e del livello di capacità del vettore; mantenimento di un numero di posti disponibili costante; e divieto di aumento degli stessi; individuazione di esperti indipendenti ai fini delle valutazioni economiche connesse al piano di ristrutturazione. Nonostante il mancato ottenimento delle condizioni richieste, in particolare per quanto concerne la riduzione dei costi, la Commissione aveva autorizzato l'erogazione della seconda *tranche*, osservando che «l'avanzamento della ristrutturazione dell'impresa e i risultati erano soddisfacenti, nonostante che l'obiettivo di riduzione dei costi fos-

Sotto il profilo formale, dunque, il Tribunale ritiene che debba essere riaperta la procedura di esame dell'aiuto e che la Commissione possa provvedere ad un'autorizzazione delle ulteriori *tranche* solo attraverso un atto formale di deroga rispetto alle condizioni non avveratesi³⁵.

III. Profili innovativi della decisione in esame

Chiarito il quadro dei criteri che informano il giudizio in materia di aiuti di Stato al trasporto aereo, si può passare all'analisi della decisione in oggetto, alla ricerca dei profili innovativi della stessa.

Il primo punto rilevante concerne, come già precedentemente accennato, la tipologia di aiuto autorizzato.

La Commissione è chiara nel provvedimento, quanto alla sua qualificazione: l'acquisto di un mezzo, per lo svolgimento dell'attività dell'impresa, deve essere ricondotto alla categoria degli aiuti al funzionamento³⁶.

Il contributo all'acquisto di un aeromobile, quindi, va ricondotto a tale categoria di aiuti, in linea di principio assolutamente vietati, come confermato da costante prassi e giurisprudenza, e ciò anche per quanto attiene specificamente al settore del trasporto aereo³⁷.

se stato ottenuto solo dalla compagnia aerea e non dall'insieme del gruppo societario». Peraltro la Commissione imponeva, al fine di autorizzare comunque l'aiuto, una serie di condizioni aggiuntive, in relazione a rapporti informativi sui progressi compiuti dal piano di ristrutturazione. Sul tema, e, in particolare, in riferimento all'adozione di una decisione costitutiva, che riforma una decisione precedente e autorizza la terza *tranche* di un aiuto, si legga quanto affermato in Ordinanza del Tribunale di primo grado del 27 gennaio 2000 in causa n. T-49/97, *Tat European Airlines Sa c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 51.

³⁵ Il Tribunale afferma che, qualora la Commissione abbia emanato una decisione di autorizzazione di aiuto condizionato, non può scostarsi da quanto disposto, se non attraverso la riapertura della procedura. Tuttavia, il Tribunale considera che l'erogazione degli aiuti è sempre programmata per un periodo medio-lungo e associata ad un piano di ristrutturazione; in conseguenza, vanno riconosciuti alla Commissione dei poteri di controllo e modulazione dell'erogazione dell'aiuto, in ragione delle circostanze che possono manifestarsi nel corso del processo di ristrutturazione di una società. Così, nel caso del mancato ottenimento di uno dei risultati intermedi attesi o del mancato rispetto di una delle condizioni imposte, ben potrà la Commissione, in applicazione del proprio ampio potere discrezionale, verificare se la differenza rispetto a quanto ipotizzato possa essere considerata minima e non rimetta in causa l'intera compatibilità dell'aiuto. Nel caso di specie, la riduzione dei costi, è stata meramente procrastinata nel tempo, in ragione della verifica di un rallentamento dell'intero processo di ristrutturazione.

³⁶ La definizione di aiuti al funzionamento si evince con chiarezza dalla sentenza *Siemens*, (sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 giugno 1995 in causa n. T-459/93, *TPI Siemens c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 1675), ove si afferma che sono quelli «che non comportano alcun cambiamento tecnico e strutturale e non favoriscono alcuno sviluppo che non sia di natura esclusivamente commerciale»; si tratta di misure che si limitano ad alleviare un'impresa da oneri finanziari che essa dovrebbe normalmente sostenere nell'ambito della sua gestione ordinaria, accordandole, così, un vantaggio competitivo.

³⁷ La *ratio* è speculare a quella generale, essendo gli aeromobili beni strumentali all'attività del vettore e il loro acquisto inquadrabile tra i costi ordinari di una compagnia e, come tale, assolutamente vietato. In taluni casi, tuttavia, la Commissione ha autorizzato l'acquisto di nuovi aeromobili, a fronte del verificarsi di fattispecie particolari. Si confronti sul punto la decisione della Com-

Essa esclude, altresì, in via pregiudiziale, che si tratti di un aiuto all'investimento iniziale, elemento che avrebbe potuto consentire una differente valutazione.

Come asserito, infatti, nelle Linee direttrici concernenti gli aiuti a finalità regionale, esplicitamente richiamate, costituisce un aiuto all'investimento iniziale, e non al funzionamento, ogni incentivo volto alla «creazione di un nuovo stabilimento o l'estensione di uno esistente o l'avvio di una nuova attività che implica un cambiamento fondamentale nella produzione o nel processo di produzione di uno stabilimento esistente»³⁸.

Ciò posto, nel provvedimento, vengono richiamati, quanto al quadro giuridico cui demandare la fattispecie, da un lato, gli orientamenti della Commissione in materia di aiuti di Stato all'aviazione civile, emanati nel 1994, e ancora oggi provvedimento di riferimento quanto all'applicazione di tale branca del diritto della concorrenza al settore del trasporto aereo³⁹, dall'altro, le Linee direttrici in materia di aiuti a finalità regionale.

Alla luce di tali disposizioni viene dunque valutata la possibilità di autorizzare l'aiuto, in linea di principio vietato e, a parere di chi scrive, meritano primaria attenzione le motivazioni che sono alla base del provvedimento positivo della Commissione, poiché sono suscettibili di ben più ampia applicazione.

La Commissione osserva che, secondo quanto stabilito dal primo dei due provvedimenti, gli aiuti al funzionamento sono autorizzati solo in due ipotesi, da ritenersi tassative e non suscettibili di applicazione analogica, ovvero: nel caso di oneri di pubblico servizio e nel caso di aiuti a carattere sociale⁴⁰.

La *ratio* delle ipotesi esonerate è immediata: in entrambi i casi si tratta di un beneficio destinato a soggetti individuati, in modo indiscriminato, con criteri obbiettivi e sussiste un interesse comunitario superiore a quello del libero espli-

missione del 27 luglio 1994, n. 94/653/Ce, relativa all'aumento di capitale di Air France, in *Guce* n. L 254 del 30 settembre 1994, p. 73: nell'ambito della ristrutturazione della compagnia Air France, la Commissione autorizzava l'impiego di una parte del capitale al fine dell'acquisizione di nuovi aeromobili, sulla base della considerazione che la grande eterogeneità della flotta del vettore costituiva un costo gravoso e che l'investimento per la sostituzione di una parte dei mezzi era da ritenersi positivo e utile ai fini della realizzazione della ristrutturazione stessa. La modernizzazione della flotta, in altri termini, era necessaria ai fini del rilancio della competitività del vettore e l'omogeneizzazione della flotta indispensabile per un contenimento dei costi della società. Si tratta comunque, come evidente, di mere fattispecie di ristrutturazione, e non invece di ipotesi *ad hoc*.

³⁸ Linee direttrici concernenti gli aiuti a finalità regionale, in *Guce* n. C 74 del 10 marzo 1998, p. 9.

³⁹ Si tratta della Comunicazione 94/350/07 della Commissione relativa all'applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato al settore dell'aviazione, in *Guce* n. C 350 del 10 dicembre 1994, p. 5, che contiene un vero e proprio quadro generale dei criteri che la Commissione intende utilizzare per la valutazione della casistica di aiuti di Stato al trasporto aereo commerciale.

⁴⁰ Relativamente alle due ipotesi si leggano, oltre ai saggi già citati tra la dottrina generale in materia di aiuti di Stato al trasporto aereo specificamente dedicati a tali tipologie di sovvenzioni, i recenti contributi di A. MASUTTI, *Gli aiuti di Stato nel settore aereo: Il caso Sardegna*, in *Il nuovo diritto aeronautico, in ricordo di Gabriele Silingardi*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 427; L. MASALA, *Gli aiuti a carattere sociale nel trasporto aereo*, *ivi*, p. 443 ss.

carsi della concorrenza tale da giustificare una restrizione; più specificamente, la tutela del diritto alla mobilità dei cittadini comunitari, ovvero, quanto alla seconda, la protezione degli interessi dei consumatori svantaggiati.

Le due ipotesi, tuttavia, non ricorrono nella fattispecie; il provvedimento in esame, allarga, dunque, la prospettiva di indagine e analizza gli impatti concreti degli aiuti, alla ricerca di un interesse rilevante che possa renderli compatibili con il Trattato, e, in ragione della finalità cui sono connessi, il riferimento è agli orientamenti in materia di sviluppo regionale.

Il primo argomento addotto è relativo alla possibilità che gli investimenti consentano una maggiore mobilità da e verso le regioni ultraperiferiche e comportino uno sviluppo di tali zone geografiche.

La tutela di tali regioni, di cui sono state individuate le numerose problematiche strutturali, è consacrata, quale principio generale, all'interno del Trattato di Amsterdam, sulla base dell'osservazione e del rilevamento delle loro specificità strutturali⁴¹.

Tale disposizione del Trattato, preconizza con chiarezza possibili deroghe alle politiche comunitarie, al fine di consentire il superamento di tali limiti, con particolare riferimento alle politiche regionali e a quella dei trasporti⁴².

Assume grande interesse l'analisi effettuata in ordine alle caratteristiche del trasporto aereo regionale: i nodi critici del mercato delle regioni d'oltremare sono individuati nella ristrettezza del mercato stesso, nella carenza di infrastrutture, nella variabilità della domanda di trasporto, nella necessità del vettore di far fronte ad esigenze diverse attraverso una flotta molto eterogenea, nella necessità di sostituire i mezzi che risentono di condizioni climatiche peculiari, nella limitata solvibilità del mercato e dell'utenza.

Proprio tale analisi assume, a parere di chi scrive, primaria importanza, poiché il ragionamento che spinge la Commissione ad autorizzare un aiuto al funzionamento si estende al di là dei tradizionali canoni utilizzati per giustificare un aiuto al trasporto aereo, e prende in considerazione una serie di elementi strutturali che potrebbero avere ben più ampia applicazione, segnatamente anche al di là delle zone geografiche prese in considerazione dall'ipotesi in oggetto.

L'incremento e il miglioramento di traffico, dovuto all'acquisto del mezzo, viene individuato come strumento per il superamento di molte delle problematiche sopra evidenziate e, soprattutto, come fattore trainante per la crescita economica della regione sfavorita.

⁴¹ Art. 299, par. 2 del Trattato CE.

⁴² Si deve osservare che l'attenzione alla problematica delle regioni francesi d'oltremare, contenuta nel Trattato di Amsterdam, costituisce applicazione speciale del principio generale e della politica comunitaria di sviluppo delle regioni ultraperiferiche, rispetto alle quali, con particolare riferimento alla politica dei trasporti, esiste una forma di tutela rafforzata, consolidata nel principio della cosiddetta continuità territoriale.

Se questa è l'impostazione generale, da cui la Commissione parte, per addivenire all'autorizzazione dell'aiuto, sia consentito osservare che è molto ampio il quadro delle disposizioni richiamate: in altri termini, la Commissione valuta il trasporto aereo non solo nella sua dimensione specifica, riferendosi agli orientamenti del 1994, ma anche in riferimento al suo ruolo di parte della catena economica e sociale, allargando in modo significativo la prospettiva di indagine.

Per quanto concerne la valutazione specifica, la Commissione ritiene poi che la sostituzione di un mezzo obsoleto con uno più recente debba ritenersi, anche in senso generale, un interesse sufficiente a rendere l'aiuto compatibile, poiché consente un miglioramento delle prestazioni di servizio, sotto tre profili, ovvero quello dell'efficienza, della compatibilità ambientale e della sicurezza.

L'argomentazione è parallela e speculare a quella già svolta dalla Commissione in riferimento ad altri segmenti di trasporto, segnatamente il trasporto su strada e quello combinato⁴³.

Deve osservarsi, tuttavia, che, se si analizzano le decisioni che hanno autorizzato gli aiuti al funzionamento nelle altre tipologie di trasporto, è immediato evincere che la valutazione operata ha tenuto conto di molteplici elementi ed è stata improntata a maggiore rigore e al rispetto di alcune condizioni specifiche: tra queste, devono ricordarsi il raggiungimento di *standard* di ecocompatibilità o di sicurezza più elevati di quelli richiesti dalla normativa vigente; la corrispondenza tra l'entità del contributo e il maggior costo sostenuto per l'acquisizione di un mezzo dotato delle caratteristiche tecniche appena dette; l'obbligo di dismissione dei mezzi più obsoleti⁴⁴.

Ancora, riveste interesse il sillogismo posto alla base della valutazione in ordine al mercato rilevante.

La Commissione considera che, in effetti, il mercato principale, e forse esclusivo, in cui la compagnia opererà, è quello caraibico, e non invece, quello comunitario: tuttavia, l'influenza sugli scambi comunitari non può essere esclusa sulla base di tale mera osservazione.

⁴³ Si legga, in particolare, decisione della Commissione n. 1999/590/Ce del 4 maggio 1999 relativa alle misure per la ristrutturazione dell'autotrasporto e lo sviluppo dell'intermodalità (Legge n. 454 del 23 dicembre 1997) alle quali l'Italia intende dare esecuzione, in questa *Rivista*, 2001, p. 115 ss. con commento di C. POZZI, *L'intermodalità come metodo di rinnovamento dell'autotrasporto*, p. 119 ss.

⁴⁴ Si leggano, in linea generale, Disciplina comunitaria per la tutela dell'ambiente, in *Guce* n. C 72 del 10 marzo 1994, p. 3; più in particolare, in relazione al settore marittimo, Comunicazione della Commissione «Una politica comune sulla sicurezza dei mari», Com (93) 66 def.; Comunicazione della Commissione «Verso una nuova strategia marittima», Com (96) 81 def. del 13 marzo 1996; in riferimento al trasporto su strada, Comunicazione della Commissione conformemente all'art. 93, par. 2 del Trattato Ce indirizzata agli altri Stati membri e ai terzi interessati, in merito al regime di aiuti all'acquisto di veicoli industriali, C 65/98, in *Guce* n. C 29 del 4 febbraio 1999; Decreto del Ministro dei Trasporti del 10 giugno 1998 sulla concessione di incentivi per gli investimenti innovativi e la formazione, in *Guri* n. 263 del 10 novembre 1998, serie generale, p. 29.

Tuttavia, a parere di chi scrive, la valutazione della Commissione non è esente da qualche censura, ove si limita ad asserire che tale impatto non può verificarsi, stante anche che la compagnia CAT si impegna, per un periodo di cinque anni, a non estendere il proprio campo di attività al di fuori del mercato caraibico.

L'espressione «impatto sugli scambi comunitari» va, infatti, intesa in senso estensivo: anche se è improbabile che l'aiuto possa avere un effetto diretto sul mercato comunitario, non sembra che questo possa essere escluso, soprattutto se si considera che, nel territorio servito dal vettore CAT, operano anche altri vettori comunitari, e non si possono ritenere impossibili in astratto, conseguenze sulle loro quote di traffico.

Infine, la Commissione ritiene che, nel caso di specie, l'aiuto rispetti il criterio della proporzionalità, ovvero che l'intensità dello stesso e dell'effetto ad esso legato sia commisurato al sacrificio imposto al libero esplicarsi della concorrenza⁴⁵.

IV. Conclusioni

Come è evidente, i profili di interesse della decisione esaminata sono molteplici, stante l'ampiezza dei profili presi in considerazione.

Da un lato, è interessante osservare come lo sviluppo del traffico aereo venga considerato quale interesse primario connesso allo sviluppo regionale: il trasporto aereo è inteso e individuato dalla Commissione come fattore trainante dello sviluppo economico e strumento di attuazione del diritto alla mobilità dei consumatori e della crescita economica di un territorio.

Proprio tale ampia qualificazione lascia spazio a molte ipotesi in cui, a fronte di una contropartita rilevante, quale la crescita economica e sociale di un territorio, l'attività di trasporto aereo possa essere sovvenzionata.

Si tratta, peraltro, di un raro caso di autorizzazione di un aiuto al funzionamento, scisso da qualsiasi ipotesi di ristrutturazione della società, e ciò ha ancora maggiore rilevanza se si pensa all'entità economica dell'acquisto di un mezzo, all'interno della catena del trasporto aereo.

Vero è che, come già accaduto per altre branche del trasporto, è molto attenta la valutazione in merito alla maggiore efficienza ed ecocompatibilità del mezzo preso in considerazione, anche se, come già evidenziato, vi sono settori ove la verifica di tale requisito è stata associata a criteri maggiormente

⁴⁵ Si tratta del principio della *compensatory justification*, che prevede che un aiuto possa essere ritenuto compatibile se gli effetti distorsivi sulla concorrenza sono minimi e esso sia necessario e proporzionale rispetto agli obiettivi che intende realizzare.

obbiettivi e rigorosi, se non anche al rispetto di parametri tecnici molto più efficienti di quelli richiesti a livello normativo.

La motivazione alla base dell'autorizzazione dell'aiuto, poi, contiene riferimenti più ampi rispetto al mero criterio della maggiore ecocompatibilità: la sostituzione di un mezzo viene individuata come un incremento dell'efficienza, ma anche della sicurezza, elemento chiave dei più recenti provvedimenti comunitari in materia di politica del trasporto aereo.

E anche tale profilo sembra offrire un nuovo criterio di valutazione per le future ipotesi di sovvenzioni controverse.

Sembra chiaro che il maggior profilo di interesse sia da individuare nella combinazione dei numerosi elementi presi in considerazione dalla Commissione per autorizzare l'aiuto, nel quadro di disposizioni richiamate per autorizzarlo, ma soprattutto nel fatto che essa associa in modo determinante l'attività di trasporto aereo allo sviluppo delle regioni periferiche, dando il via, soprattutto a fronte dell'imminente allargamento, a possibili analoghi scenari.

Cristina Pozzi*

* Professore a contratto di Diritto della navigazione presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

RECENSIONI

Piero Pennetta, *Il regionalismo multipolare asiatico. Contributo al diritto della cooperazione istituzionalizzata fra Stati*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. XXIV-487, € 37,00

Nel nuovo ordine internazionale organizzato successivo agli eventi del 1989 il modello della globalizzazione si è orientato lungo due direzioni: quella centralista e l'altra c.d. multipolare. Il lavoro qui recensito muove dalla necessaria consapevolezza di dover coniugare i due termini relativi ad una realtà molto ampia e variegata come quella delle organizzazioni internazionali del mondo asiatico, sempre più esemplare sia come modello autonomo sia inquadrata nel modello generale della riorganizzazione globale del mondo contemporaneo. Lo studio qui recensito esamina i due aspetti centrali ed essenziali della globalizzazione asiatica: in primo luogo quello multipolare, inteso come libertà della forma di organizzazione contrapposta alla tipicità delle organizzazioni classiche (modello ONU) e, in secondo luogo, quello normativo relativo alla c.d. *soft law* di tali organizzazioni sovente fondate su una base di prassi consuetudinaria e, in misura minore, sul tradizionale atto costitutivo o trattato di base regolare della nascita e della vita di ciascuna organizzazione.

L'Autore di tale complessa e meritoria ricerca sembra aver raggiunto risultati del tutto soddisfacenti e largamente positivi avendo fornito sia una rilevazione della prassi normativa che delle categorie interpretative idonee a collocare le varie organizzazioni del continente e del subcontinente asiatico all'interno di precisi quadri di riferimento teorico e concettuale. Così impostato il contesto dell'opera, l'Autore coglie tutte le implicazioni di un così interessante fenomeno nella direzione geopolitica sia euro-asiatica sia dell'Asia-Pacifico, apportando un contributo di grande valore alla spiegazione ed alla valutazione delle stesse organizzazioni internazionali asiatiche alla luce delle convergenze geoeconomiche grazie alle quali il pluralismo multipolare, ovvero la serie delle nuove organizzazioni, è comparso sulla scena internazionale rappresentandone un fattore interessante sotto il profilo dell'allargamento dei mercati, della competitività delle imprese e degli interventi pubblici di soste-

gno. Indicazioni di tal genere debbono considerarsi particolarmente significative per la grande platea degli operatori e degli studiosi del settore, soprattutto quando esse pervengono a risultati così chiari per inquadramento e così ponderati nelle classificazioni offerte ai lettori.

L'opera si articola in tre parti precedute da dense *Considerazioni introduttive* (pp. 1-20) ove vengono illustrate le chiavi di lettura della ricerca. La Parte prima fornisce un quadro di riferimento generale articolandosi in due capitoli relativi, rispettivamente, a *Origine, sviluppo della società internazionale nel continente asiatico* (pp. 23-69) e a *La cooperazione economica regionale in Asia: generalità* (pp. 71-102). Nella Parte seconda, articolata in tre capitoli, si procede ad una puntuale indagine della disciplina e della prassi del regionalismo multipolare asiatico; si analizzano così gli *Atti istitutivi e fonti normative* (su base pattizia o non pattizia) (pp. 105-176), gli *Aspetti istituzionali: soggetti, organi, funzioni* (pp. 177-250) ed i *Settori di competenza* (pp. 251-311).

La parte terza della ricerca è dedicata a *Il contributo del regionalismo multipolare asiatico allo studio dell'organizzazione internazionale* (pp. 315-369) e, come detto, sottolinea la libertà delle forme della cooperazione istituzionalizzata del continente asiatico nonché il modello organizzativo proprio della *soft law*.

Conclude l'opera un'*Appendice normativa* (pp. 373-447) contenente i principali testi del regionalismo multipolare asiatico (talora assolutamente inediti), utilissimi indici relativi ai *documenti* (pp. 449-487) ove sono messi in evidenza in maniera critica i diversi contributi dottrinali.

Massimo Panebianco

Antonio Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. XXI-1451, € 105,00

L'importante opera qui recensita s'inserisce nella collana delle «fonti del diritto italiano», contenente i testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza. In tale contesto essa costituisce un attualissimo ed utilissimo commentario ai trattati istitutivi dell'Unione e della Comunità europea nella versione consolidata, conseguente al Trattato di Nizza recentemente entrato in vigore anche nell'ordinamento giuridico italiano. Nell'economia generale della collana, dedicata ad un pubblico forense di lettori ed utenti, l'opera qui recensita tende ad evidenziare il ruolo importante assunto e svolto nell'ultimo cinquantennio da due fonti "esterne" di origine pattizia, divenute sempre più ampiamente sostitutive ed integrative delle altre fonti italiane di origine codicistica o legislativa.

Data la particolare natura istituzionale dei trattati analizzati in quest'opera, essi sono comprensivi dei riferimenti in senso lato alla "legislazione" europea di natura secondaria o derivata con cui fanno corpo e che unitamente

sono oggetto dell'analisi giurisprudenziale e dottrinale. Così concepita, l'opera è il frutto di un imponente sforzo organizzativo di cui sono stati partecipi giuristi accademici, associati in misura largamente significativa a giuristi forensi e giuristi delle istituzioni europee (servizi giuridici della Commissione e della rappresentanza italiana a Bruxelles, nonché della Corte di giustizia di Lussemburgo). Dichiaratamente tale ricerca s'inserisce nell'ampio panorama della commentaristica italiana e di altri Stati dell'unione: segnatamente essa si richiama all'opera italiana del settore comparsa quarant'anni or sono, sotto la direzione di giuristi accademici e di autorevoli giudici della Corte di giustizia di Lussemburgo, (Quadri - Monaco - Trabucchi, 1965).

Un vero e proprio "manifesto" della nuova dottrina italiana di diritto comunitario è costituita dall'imponente opera qui in esame, coordinata dall'Avvocato Generale presso la Corte comunitaria, A. Tizzano, ed affidata a dodici direttori di sezione rappresentativi di altrettanti centri di studio di università italiane. Sotto tale direzione hanno lavorato un centinaio circa di collaboratori della cui origine professionale e istituzionale si è sopra detto. In realtà la cultura accademica e delle professioni legali, anche quelle legate allo studio delle discipline codicistiche e legislative (c.d. discipline «interniste») ha da tempo imparato ad apprezzare opere di conio commentaristico dedicate allo studio esclusivo del diritto comunitario in senso proprio. Non a caso, infatti, il primo quarantennio di affermazione del diritto comunitario ne aveva registrato un primo forte impatto normativo sull'attività giuridico forense e su quella amministrativa con prevalente attenzione agli aspetti civilistico-commerciali ed economico sociali in senso lato. Solo nell'ultimo decennio, a seguito dell'entrata in vigore dei trattati di Unione, tale impatto si è riversato sui settori costituenti lo "zoccolo duro" dell'ordinamento, come quello finanziario e monetario, di polizia e di sicurezza nonché di diritto penale sostanziale e processuale. In tale situazione complessiva di diffuso e generalizzato interesse all'impatto prodotto dal diritto unionistico-comunitario europeo sull'assetto costituzionale italiano, bene evidenzia il curatore dell'opera nella parte centrale della sua prefazione (pp. X-XI) l'attuale stato di transitorietà del diritto dell'integrazione europea nella fase di passaggio dallo *jus vetus* allo *jus novum* contrassegnata dalla revisione permanente di un sistema ancora alla ricerca di un assetto stabile. Di tale fase sono espressione emblematica i contributi normativi, dottrinari e giurisprudenziali raccolti nel presente commentario.

Con tale opera si è apportato un poderoso contributo congiunto e coordinato alla conoscenza del diritto interno come di quello comunitario in una evidente prospettiva dinamica di diritto "euronazionale". E comunque, ove mai si dovesse procedere nel previsto progetto di trattato costituzionale, ad operare la sostituzione dei trattati esistenti, ad opere come queste sarebbe destinato un ruolo storico giuridico ancor più rilevante, come patrimonio della cultura del settore.

Massimo Panebianco

Claudio Zanghì, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea (verso una Costituzione Europea)*, IV edizione, Torino, Giappichelli, 2003, pp. XVIII-421, € 28,00

La più recente edizione di questo fortunato manuale universitario apparso con cadenze periodiche a partire dal 1994 conferma i suoi pregi grazie ai quali si è particolarmente affermato nell'ultimo decennio. Ad esso vanno, infatti, riconosciute una serie di peculiarità grazie alla sua origine, propria della scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, ed al suo pubblico di utenti specializzati nell'esercizio della funzione pubblica e, più in generale, nel campo disciplinare delle scienze politiche. Inoltre, un costante e certosino aggiornamento ha consentito all'opera qui recensita di presentarsi in perfetto allineamento con i più recenti sviluppi della costruzione unionistico-comunitaria nella fase attuale dell'allargamento a venticinque Stati e del suo consolidamento giuridico nell'ambito della c.d. Costituzione Europea («Trattato costituzionale»).

A parte tali elementi di forte attualizzazione l'opera conferma la validità del suo impianto di base e del suo metodo di esposizione, nell'intento comune a tutta la manualistica finalizzata ad un giusto equilibrio tra la componente unionistica più recente e quella comunitaria più antica propria dell'integrazione europea. Alla felice soluzione prescelta dall'autore bisogna riconoscere il merito di aver anteposto nei primi quattro capitoli del suo manuale (pp. 1-245) l'intero *corpus* giuridico del diritto unionistico formatosi nell'ultimo decennio grazie ai Trattati di Maastricht-Amsterdam-Nizza descritti fino al *foto-finish* del Trattato costituzionale di recente conio. Solo nella seconda parte dell'opera compare il vero e proprio diritto comunitario, suddiviso in tre capitoli ben articolati e strutturati e sempre attenti a cogliere il ruolo partecipativo delle istituzioni italiane (parlamentari e governative) nel processo normativo comunitario, nonché, infine, il ruolo contenzioso della pubblica amministrazione nei sempre più numerosi giudizi dinanzi al Tribunale di primo grado e alla Corte di giustizia comunitaria.

Tale metodo di esposizione si convalida nel capitolo dedicato alle relazioni esterne opportunamente connesse a quelle interne della Comunità anche nella prospettiva del ruolo svolto nei negoziati internazionali e nella stipulazione dei trattati e del mantenimento di relazioni con gli Stati terzi.

Un capitolo finale dedicato all'adattamento dell'ordinamento italiano all'ordinamento comunitario (pp. 388-410) si occupa dei temi connessi a vari livelli di incidenza, sia ordinaria che costituzionale, sia statale che regionale. È da supporre che in futuro l'attenzione dell'autore già focalizzata alla prospettiva della «Costituzione Europea» ed in particolare della Carta dei Diritti fondamentali, finirà per allargare lo spazio dedicato alla "grande novità" rappresentata da un futuro di coabitazione o di convivenza fra due Costituzioni così diverse per natura ed indole giuridica. In vista di tali ulteriori sviluppi ad un'opera come

questa, più di ogni altra sensibile alla prospettive future del processo unionistico ed ai suoi programmi politico costituzionali, spetterà sempre un ruolo centrale ai fini della conoscenza e dello studio dell'integrazione europea.

Nell'ottica degli sviluppi costituzionali e dell'approdo ad una «*Wider Europe*» il profilo prescelto le consente di ridurre il rischio derivante da una sostituzione prevista e prevedibile degli attuali trattati comunitari e di unione, ad opera di un unico grande Trattato costituzionale accettato e ratificato da una grande coalizione di Stati vecchi e nuovi dell'Unione. Ancor più un'opera come questa non risentirà della sostituzione dell'attuale diritto derivato o secondario normalmente trattati come diritto materiale o parte speciale della manualistica corrente. Sempre in tale prospettiva lo spazio ridotto, riconosciuto all'ordinamento europeo come diritto giurisprudenziale consentirà una maggiore attenzione alla giurisprudenza delle Alte corti europee e delle Corti costituzionali destinate a divenire protagoniste di prima linea per la salvaguardia dei diritti fondamentali dei cittadini europei ed extracomunitari di fronte agli emergenti poteri pubblici della Unione Costituzionale in via di formazione.

Per tutte le ragioni suddette un'opera manualistica così aggiornata – originariamente destinata ad operatori pubblici ed a studenti delle facoltà di scienze politiche – potrà conservare un suo permanente motivo di validità per un più ampio pubblico di studiosi e di specialisti del settore.

Massimo Panebianco

Jacques Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Prefazione di Giuliano Amato, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 184, € 9,80

Alberto Lucarelli - Andrea Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea*, Presentazione di Rocco Buttiglione e prefazione di Giorgio Napolitano, Napoli, ESI, 2003, pp. 463, € 30,00

Il 2004 è l'anno dell'Europa. Nessuno l'ha dichiarato, ma gli accadimenti sono così numerosi ed importanti che meritano di essere approfonditi nella pubblicistica accademica e non.

Il primo maggio aderiscono dieci nuovi Stati membri. A metà giugno si celebrano le elezioni del Parlamento europeo. A novembre si insedia la nuova Commissione. In data ancora imprecisata si firmerà, o si dovrebbe firmare, il Trattato costituzionale. Quest'ultimo è l'oggetto del libro di *Ziller* e del volume collettaneo curato da *Lucarelli e Patroni Griffi*.

Ziller ha l'aria di ricordare «io l'avevo detto» o più modestamente «a Fiesole l'avevamo detto». Docente all'Istituto universitario europeo, collega e collaboratore di Giuliano Amato che firma la prefazione, ha seguito la nascita

del Trattato costituzionale dalle battute iniziali, da prima che l'esercizio prendesse la forma che *Valéry Giscard d'Estaing* consegnò alla Presidenza italiana nel luglio 2003.

All'Istituto la Commissione affidò lo studio preliminare sulla semplificazione dei trattati vigenti. Fiesole propose di semplificare disarticolando i testi: la parte rigida che, con le conoscenze di poi, definiremmo costituzionale; la parte flessibile, relativa alle politiche. La prima da emendare con la classica procedura di modifica dei trattati internazionali; la seconda con le procedure comunitarie.

Ziller nota che la «Costituzione» nasce in realtà con la Carta dei Diritti fondamentali del 2000. E ciò per due motivi. Il metodo "aperto" della Convenzione; l'inserimento nel Trattato delle disposizioni della Carta, altrimenti condannata a restare espressione di volontà politica, senza cogenza giuridica.

Ma al di là di tutto, il pregio dell'opera di Ziller risiede nella chiarezza con cui rende noto ai molti, una volta per tutte e non solo ai tecnici, con un linguaggio semplice e discorsivo, che il testo in discussione è solo un Progetto di Trattato mentre di una Costituzione vera e propria conserva soltanto i simboli. Si pensi, tra questi, a quello esemplare della inserzione nel suo corpo della Carta dei diritti fondamentali.

Attraverso un percorso in cui illustra in maniera rigorosa le ragioni di un progetto *imperfetto, ma insperato*, che pone in grado di comprendere, in un raffronto costante con il preesistente, l'importanza del lavoro svolto verso la costruzione di una unione europea dei popoli, nel testo di Ziller, c'è sempre la nota positiva ed ottimistica di un progetto che pur non essendo una costituzione ne ha tutte le potenzialità. Siamo in presenza dell'ennesimo passaggio, forse il definitivo, della costruzione europea, lungo la via che procede dal diritto internazionale classico ad un diritto *sui generis*: né più internazionale, ma neanche costituzionale.

Le novità del Trattato sono anche altre. Il Presidente del Consiglio europeo ed il Ministro degli affari esteri, che dovrebbero dare all'Unione il profilo internazionale certo che finora le manca, malgrado le disposizioni PESC e PESD e l'Alto Rappresentante.

Tanto basta per parlare di federazione o di federazione di Stati nazione, per parafrasare il Ministro tedesco Fischer? Non basta – è l'opinione di Ziller – e non solo per ragioni terminologiche. L'aggettivo federale è bandito dai testi dell'Unione dall'epoca di Maastricht, e sempre per le riserve di Danimarca e Regno Unito. Non figura neppure nel progetto Giscard. Non per caso, ma per la scelta voluta di creare un testo normativo "aperto" a tutte le possibili soluzioni. Il volume curato da Lucarelli e Patroni Griffi, presentato da Buttiglione, con la sua forma della raccolta di commenti a caldo sul progetto di Costituzione, si presenta immediatamente come un prezioso ed agile strumento di consultazione sui passaggi che hanno portato al risultato della Conven-

zione. Il testo risente della varietà dei relatori (accademici, diplomatici, politici) e delle emozioni suscitate dagli eventi in corso, non spiega, ma sicuramente offre spunti di riflessione attraverso la meditazione su ogni singolo intervento. Il filo comune è tenuto da Napolitano che, nella prefazione, rileva la novità del metodo Convenzione rispetto alla «preparazione puramente diplomatica» della Conferenza Intergovernativa. È la fondazione di un «potere costituente condiviso», i cui soggetti sono naturalmente i Governi, ma anche i Parlamenti, le Istituzioni europee e la società civile. Una procedura ampia e non codificata, ma idonea a dare spessore democratico alla formazione del processo costituzionale, che non approda – secondo Napolitano – alla federazione degli Stati nazione ma ad un *unicum* da definire.

I vari autori si sforzano di definirlo per approssimazioni progressive. Nella diversità di approcci essi sembrano concordare su alcuni punti.

Il risultato è insperato, ancorché incompleto e perfettibile in seno alla CIG. Non risolve la natura ultima dell'Unione. Non si limita alla cosmesi terminologica. Introduce novità significative fra cui il citato Ministro degli esteri. L'allargamento a nuovi Stati membri accrescerà l'esigenza di cooperazioni rafforzate, ma non postula la creazione di un direttorio di fatto se non di diritto. Supera la logica del minimo comune denominatore. I diritti fondamentali hanno pieno riconoscimento. Il regionalismo è preso in considerazione come indice di prossimità dei cittadini all'Unione e dell'Unione ai cittadini. Nel campo della politica estera, resta impregiudicata la ripartizione di competenze fra Unione e Stati membri.

Quest'ultima annotazione, per quanto vera, apre la porta al dubbio che il caso Iraq – o meglio le ripercussioni che ha provocato nella casa comune – possa riprodursi in futuro. Ma sull'argomento occorre armarsi di pragmatismo ed attendere che il Ministro degli esteri ed il servizio comune europeo (la diplomazia europea) entrino in funzione nel 2007 e siano pienamente operativi nel 2009. Quando la nuova Commissione entrerà in carica e in seno avrà il Vice Presidente e il Ministro degli esteri.

La Commissione che si insedierà nel novembre 2004 sarà formata in base al Trattato di Nizza, che prevede lo sdoppiamento delle cariche: da una parte l'Alto Rappresentante PESC, il cui mandato andrà probabilmente rinnovato a termine; dall'altra il Commissario per le Relazioni esterne, che non necessariamente avrà l'incarico di Vice Presidente della Commissione. In pratica permarrà l'attuale sistema bicefalo, su cui si sono appuntate le critiche al punto da essere emendato nel progetto di Costituzione. Il coordinamento della politica estera e di difesa continuerà dunque ad essere affidato alla buona volontà delle Istituzioni ed all'intesa cordiale fra i responsabili.

Cinzia Ariaudo

Franz Cromme, *Der Verfassungsvertrag der Europäischen Union. Entwurf und Begründung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, pp. 283, € 55,00

Quest'opera è dedicata ad un argomento di rilevanza attuale, la Costituzione dell'Unione europea, della quale viene proposto un progetto, peraltro già elaborato e pubblicato dallo stesso autore nel 1987. La Costituzione presentata da Cromme è divisa in due parti. La prima, costituita da quattro sezioni (189 articoli), è dedicata specificamente alla Carta costituzionale europea; la seconda è formata da commenti alle suddette sezioni. Il progetto proposto corrisponde al concetto del «Staatenverbund» (Federazione degli Stati) e trova fondamento nei trattati già in vigore, il Trattato CE nonché il Trattato UE, senza seguire però il percorso dei progetti di Costituzione elaborati in altra sede e trasfusi nella Carta presentata nel giugno del 2003 dalla Convenzione europea presieduta da Valéry Giscard d'Estaing.

Senza dubbio alcune proposte avanzate nel testo sono innovative. Tra queste possiamo citare il rafforzamento della posizione del Parlamento europeo, al quale vengono riconosciuti i poteri tipici di un sistema federale. Un'altra proposta interessante, con riferimento all'attuale assetto istituzionale, è l'attribuzione dell'iniziativa legislativa, in taluni casi, ad altre istituzioni e precisamente al Consiglio europeo ed al Parlamento europeo, modificando quindi l'attuale monopolio della Commissione sancito dal Trattato Ce.

Come si desume da quanto esposto, il progetto elaborato dall'A. si discosta in vari punti dal progetto presentato nel giugno del 2003 dalla Convenzione europea. Tuttavia, esso affronta con puntualità tutti i problemi legati alla ricerca di un nuovo ordinamento giuridico, fornendo contestualmente un contributo interessante e ricco di idee innovative all'attuale dibattito.

Barbara Klaus

Giuseppe Conte - Hans Boss, *Dizionario giuridico ed economico*, Teil I Italienisch-Deutsch, 5., neubearbeitete und erweiterte Auflage; München, Basel, Milano, Verlag C.H. Beck OHG, Helbing & Lichtenhahn, Giuffrè, 2001, pp. 530, € 66,00

Giuseppe Conte - Hans Boss, *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache*, Teil II, Deutsch-Italienisch, 6., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, Basel, Milano, Verlag C.H. Beck OHG, Helbing & Lichtenhahn, Giuffrè, 2003, pp. 680, € 66,00

I due volumi di Conte e Boss rappresentano modelli molto significativi nel campo dei dizionari giuridici delle lingue italiana e tedesca. I due diziona-

ri, elaborati inizialmente da Giuseppe Conte, sono stati completati da Hans Boss, giudice del Tribunale di Berlino. Entrambi i dizionari sono stati accuratamente aggiornati e appaiono, rispettivamente, nella loro quinta e sesta edizione.

Il materiale è molto vasto e in linea con il continuo sviluppo del diritto in Germania, in Italia e nell'Unione europea. I termini giuridici delle due lingue tedesca e italiana sono rispettivamente tradotti tenendo presente le varie possibili interpretazioni. Le opere qui recensite sono rivolte soprattutto ai traduttori, ai giuristi, agli operatori di organizzazioni internazionali nonché ai ricercatori universitari.

Barbara Klaus

ARTICOLI

COSTITUZIONE EUROPEA E DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UOMO

Sommario: *Introduzione - 1. La création prétorienne della Corte di giustizia delle Comunità europee - 2. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali e la sua natura di fonte paracomunitaria - 3. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le innumerevoli disquisizioni sulla sua natura, completezza ed effettiva utilità - 3.1. Segue: I diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza - 4. Il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa e le novità nella tutela dei diritti dell'uomo.*

Introduzione

L'Unione europea sembra essere ormai giunta, sotto il profilo non solo economico, ma anche politico-giuridico, ad un livello di integrazione strutturale irreversibile¹. L'anelito dei "fondatori" dell'idea comunitaria, di costituire nel vecchio continente un nuovo assetto sovranazionale, basato su una struttura di carattere costituzionale, si sta trasformando in una realtà in via di realizzazione².

¹ Del resto, come scrive A. PACE, *La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 613, «è assolutamente pacifico che la CEE, già prima dell'Atto Unico Europeo (1986), costituisce a tutti gli effetti un ordinamento giuridico, ancorché finalisticamente limitato e quindi "parziale"». Tale assetto normativo, nato dapprima per regolare rapporti essenzialmente economici, è divenuto col tempo un vero e proprio *sistema giuridico* a tutti gli effetti, pur continuando a rimanere «"parziale" – come scrive lo stesso Pace – mancandogli essenzialmente la potestà di controllo del territorio». Cfr. sull'argomento S. CASSESE, *La costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, p. 469 ss.; nonché F. CAPELLI, *Il nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea: due Costituzioni per l'Europa*, in questa *Rivista*, 2002, p. 147, p. 389 e p. 783.

² Le note parole di Churchill all'Università di Zurigo nel 1946: «Noi dobbiamo fondare gli Stati Uniti d'Europa», non sembrano più velleità di un sognatore, ma realtà tangibile e sotto gli occhi di tutti. Cfr. le parole espresse a Bruxelles, il 6 ottobre 2003, dalla Conferenza intergovernativa per la revisione dei Trattati (CIG 3/03).

E anche le antiche dispute dottrinali sul modello di integrazione da realizzare all'interno del costruendo *Leviatano comunitario* (federale, come voleva lo spirito entusiastico di Spinelli, confederale, secondo la visione più cauta di Churchill e De Gaulle, o funzionale, in ossequio alle realistiche osservazioni di Jean Monnet e Robert Schuman), perdono rilevanza di fronte ad un *processo costituente* che, nonostante qualche battuta d'arresto, sembra avviarsi verso un suo definitivo consolidamento³.

Gli Stati facenti parte dell'Unione avranno presto (almeno così pare, se veramente la questione concerne ormai solo il *quando* e non anche l'*an*) una *Costituzione europea*, la quale dovrà consentire la realizzazione di un impianto interstatale economicamente, politicamente e giuridicamente nuovo, anche per la dottrina internazionalistica⁴.

Il presente lavoro cercherà di ripercorrere le principali tappe che hanno consegnato la primitiva Comunità europea, tutta economica e poco *costituzionalizzata* (e comunque priva di ogni riferimento ai più basilari diritti umani), all'attuale fase in cui l'Unione europea si va dotando di un proprio Trattato costituzionale, all'interno del quale il riferimento alle inalienabili prerogative della persona è centrale⁵.

Un particolare rilievo verrà riservato alla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali*, e alla sua natura (emblematicamente definita *paracomunitaria*) e funzione (di riscoperta primarietà) nel contesto europeo. L'analisi di tali questioni non ha rilevanza solo teorica, ma ha anche un risvolto pratico notevole, se si considerano i rapporti (ancora non ben definiti) delle norme contenute nella CEDU con quelle comunitarie,

³ Per un commento "a caldo" sull'accordo dello scorso 18 giugno 2004 sulla "Costituzione europea", si rinvia a F. CAPELLI, *L'accordo raggiunto dai 25 Stati membri sul testo della "Costituzione europea" rappresenta un grande successo*, pubblicato sul sito www.lavoce.info. Cfr. altresì A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in AA. VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 115 ss.; ma anche P. BILANCIA, *Il processo costituente europeo*, Milano, Giuffrè, 2002; nonché, infine, S. GAMBINO, *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁴ Per un approfondito *excursus* sulla "evoluzione del sistema comunitario e il progressivo spostamento del centro di gravità dagli Stati alla UE", cfr. M. P. CHITI, *La meta della integrazione europea: Stato, unione internazionale o "monstro simile"?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 591 ss., nonché M. FRAGOLA, *Sovranità statale e diritti umani nel sistema giuridico comunitario*, in AA. VV. (a cura di F. A. CAPPELLETTI), *Diritti umani e sovranità*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 163 ss., ID., *Sovranità diffuse e diritti umani nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. dir. eur.*, 1999, p. 3 ss. Si rinvia altresì a F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss., il quale, nel giudicare positivamente l'attuale sistema istituzionale europeo, sostiene che quest'ultimo, «integrato con gli opportuni adattamenti suggeriti dal nuovo Progetto di Costituzione europea, sarebbe in grado di consentire la miglior gestione delle politiche europee comuni e di tutelare con maggior efficacia gli interessi della generalità dei cittadini europei» (p. 224).

⁵ Non sarà del tutto superfluo ricordare che nella decisione riportata nell'allegato IV alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio di Colonia del 1999, si afferma che la garanzia dei diritti fondamentali non solo costituisce un valore fondante dell'Unione, ma è anche alla base della legittimità dell'ordinamento comunitario stesso.

oltre che con quelle nazionali. E alla luce di queste valutazioni è forse possibile oggi riconsiderare (contestandone ancora una volta la fondatezza) la decisione espressa nel parere n. 2/94 del 1996 dalla Corte di giustizia, con cui questa ha negato la possibilità di una formale adesione dell'organizzazione comunitaria a quel documento giuridico-politico. Ma è altresì possibile porre il problema (non risolvibile in poche battute) della effettiva utilità, oggi, di un'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo, in presenza di una *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che alla CEDU stessa si ispira, mostrandosi però più moderna ed aggiornata⁶.

1. La *création prétorienne* della Corte di giustizia delle Comunità europee

Come si è già detto altrove, alla Corte di giustizia europea toccò il compito di intervenire con la sua *attività creativa* per colmare in via pretoria tutte le lacune normative contenute nei Trattati istitutivi delle tre originarie Comunità, contribuendo così alla formazione di un ordinamento sovranazionale quanto più possibile privo di lacune giuridiche (che avesse quindi tutti i requisiti per potersi porre ad un livello di "superiorità integrata" rispetto ai tanti ordinamenti nazionali)⁷.

In altre parole, i giudici di Lussemburgo svolsero, in parte *motu proprio*, in parte dietro sollecitazioni di altri organi (comunitari e statali), un'importante attività *nomopoietica*, che, oltre a rivelarsi, nel corso degli anni, fondamentale per il generale allargamento (anche *in senso costituzionale*) delle competenze della Comunità, ha permesso l'elaborazione e la tutela in ambito comunitario di alcuni tra i più importanti diritti fondamentali dell'uomo⁸. Ebbe così

⁶ Il tema sta formando oggetto di un lavoro, in avanzato corso di stesura, che si occuperà proprio del problema dell'adesione dell'Unione alla CEDU e, più in generale, di tutte le questioni sollevate dalle disposizioni finali della Carta di Nizza.

⁷ Sia consentito un rinvio ad A. FERRARO, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 1355 ss. Meritevole di segnalazione sono i lavori di M. FRAGOLA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e la cooperazione tra i giudici nazionali e i giudici comunitari*, in Atti del Convegno «Il processo di integrazione europea alla luce del trattato di Maastricht», in *Quaderno de "La Voce delle Autonomie"*, 1-1994, p. 78 ss.; ID., *La cooperazione tra i giudici nazionali ed i giudici europei comunitari*, in R. PINTO (a cura di), *Percorsi nel Federalismo*, Relazioni svolte nel «Corso di Istituzioni Comunitarie Europee» organizzato dall'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici di Napoli e dal Movimento Federalista Europeo nel marzo-maggio 1993, Napoli, 1994, p. 87 ss.; nonché quelli di P. LÉGER, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti fondamentali*, in *Temi Romana*, 2001, fasc. 1, p. 196 ss., e di G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Annuario 1999. La costituzione europea*, Atti del XIV Convegno Annuale. Perugia, 7-8-9 ottobre 1999 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Padova, Cedam, 2000, p. 309 ss. e, da ultimo, R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004.

⁸ Cfr. per tutti J. H. H. WEILER, *Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental human rights within the legal order*

veramente avvio il processo, in massima parte giurisdizionale, di costruzione costituzional-democratica dell'impianto giuridico comunitario⁹.

Gli strumenti giuridici di cui la Corte di giustizia si è avvalsa per fondare gradatamente in via pretoria un vero e proprio *Bill of rights* (che è stato poi il *background* giuridico delle successive soluzioni legislative comunitarie) sono stati, non solo i principi generali desunti in via astrattiva dalle disposizioni scritte dei Trattati comunitari, ma anche le «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» e la «Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo»¹⁰.

2. *La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali e la sua natura di fonte paracomunitaria*

Tra tutti i "parametri di riferimento" adoperati dalla Corte di giustizia nella sua attività di *supplenza legislativa*, la CEDU costituisce sicuramente la fonte extra-comunitaria "privilegiata"¹¹. Essa rappresenta del resto il primo tentativo politico-giuridico, realizzato nell'area continentale del secondo dopoguerra, di garantire, una tutela *sovranazionale* delle più importanti prerogative legate alla persona umana. Il rilievo che tale documento ha avuto nel corso degli anni in ambito comunitario, a partire dalla prima sentenza in cui i giudici di Lussemburgo hanno operato un esplicito riferimento ad essa¹², per finire alla scelta risolutiva della *Convention* presieduta da Giscard d'Estaing di perseguire un'adesione ad essa da parte dell'Unione, permette di rimeditare sulla reale natura che la Convenzione dei diritti dell'uomo del 1950 riveste all'interno del contesto comunitario/europeo.

La dottrina ha sempre ritenuto la CEDU come un atto di natura squisitamente internazionale, fortemente ispirato peraltro ad altre rilevanti Carte riguardanti i diritti umani, emanate in quegli stessi anni a livello planetario¹³. Si

of the European Communities, in *Washington Law Review*, 1986, p. 1103; nonché M. P. CHITI, *The role of the European Court of Justice in the development of general principles and their possible codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1995, p. 661 ss; M. BETTATTI, *Le "Law Making Power" de la Cour*, in *Pouvoirs*, n. 48, Europe 1993, p. 57 ss.

⁹ Per un'elegante ricostruzione dell'opera di "interpretazione-integrazione esercitata dalla Corte", cfr. M. P. CHITI, *I Signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 796 ss.

¹⁰ Cfr. L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in P. FALZEA - A. SPADARO - L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa - Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ), il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 3 ss.

¹¹ Cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea (Parte istituzionale)*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 235 ss.

¹² Cfr. la famosa sentenza del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219.

¹³ Si pensi anche solo alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, firmata a San Francisco nel 1948.

è sempre negata dunque (anche per le serrate puntualizzazioni della Corte di giustizia) la possibilità di un accostamento tra il sistema giuridico realizzato dalle tre originarie Comunità (con le loro istituzioni) e l'impianto normativo creato dalla Convenzione di Roma (con i suoi rispettivi organi).

In realtà la tradizionale idea, secondo la quale il diritto comunitario sarebbe il complesso di norme dettate per disciplinare, in via principale, se non esclusiva, le relazioni economiche tra un "ristretto" numero di Stati del vecchio continente, mentre la CEDU sarebbe una fonte di diritto internazionale elaborata al solo scopo di garantire "in tutta Europa" una più marcata tutela dei fondamentali diritti umani (già riconosciuti peraltro appena qualche mese prima a livello planetario), solleva dei dubbi quantomeno legittimi.

Si ritiene impreciso, già in prima battuta, pensare alla Convenzione dei diritti dell'uomo come ad un atto del tutto estraneo alla struttura giuridica comunitaria e ricollegabile invece al diritto internazionale *tout court*. Una simile valutazione sminuirebbe anzitutto la portata e il valore dello stesso testo di Roma, costringendolo davvero ad essere considerato come un doppione della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948, avente come unica peculiarità quella di essere stato impiantato in un più ristretto contesto geografico e territoriale.

Con questo non si intende certo asserire che la CEDU possa essere (formalmente) considerata alla stessa stregua di una qualsiasi altra fonte giuridica *stricto sensu* comunitaria (tanto primaria quanto derivata), poiché trattasi in realtà di un documento normativo di più ampio respiro, nonché di un *parametro giuridico extracomunitario* favorito, come si è detto, dalla Corte di giustizia nella sua *judicial legislation*¹⁴.

Occorre però ricordare che il giurista nazionale non deve commettere l'errore di guardare ad un fenomeno giuridico del tutto differente da quello statale, quale è quello *sovranazionale*, con gli stessi occhi con cui analizzerebbe la realtà interna: l'ordinamento delle Comunità europee non contiene un elenco tassativo di fonti giuridiche, né una puntuale gerarchia tra i diversi atti normativi¹⁵.

¹⁴ Ma vi è chi, come 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., ritiene che, col Trattato di Maastricht, la CEDU avrebbe acquisito finanche il rango di fonte formale dell'ordinamento comunitario.

¹⁵ Come è noto solo nel progetto di Trattato sull'Unione europea del 1984, Spinelli individuava una qualche gerarchia delle fonti (finalizzata a semplificare le procedure di normazione per quegli atti di minore rilevanza o destinati a fornire discipline settoriali). I tentativi furono infruttuosi per le difficoltà di compromesso legate all'esistenza di tradizioni giuridiche interne assolutamente differenti sul punto. Con la Dichiarazione n. 16 allegata al Trattato di Maastricht si rinviava la questione, invitando, senza riscontro, la CIG del 1996 a «stabilire un'appropriata gerarchia tra le diverse categorie di norme».

Il diritto comunitario conosce inoltre anche uno *jus non scriptum* di rilevanza apicale – quale è il *corpus* di principi generali desunti in via ermeneutica dalle fonti scritte¹⁶ – nonché una serie di fonti, quali le decisioni dell'organo giurisdizionale, che se nei sistemi di *civil law* hanno un'efficacia di poco conto (solo persuasiva al più e limitata alle parti in causa), in quelli di *common law* e nello stesso ordinamento comunitario hanno invece una speciale *vis cogens*, assolutamente equiparabile a quella di qualsiasi altra *tradizionale* fonte scritta di diritto¹⁷.

Quindi, già in prima approssimazione, si può affermare che proprio il solo riferimento alla CEDU contenuto in una serie di sentenze della Corte di Lussemburgo (la quale ha inserito i diritti sanciti nel testo di Roma tra i principi generali della Comunità) permetterebbe di parlare ormai di una implicita "incorporazione" pretoria di tale documento nel diritto comunitario (ed in quello apicale), e di una indiretta sottoposizione dello stesso diritto derivato (e forse non solo) ai precetti contenuti in esso¹⁸.

La circostanza che la Corte di giustizia, nello svolgimento del suo ruolo di supplenza legislativa in tema di diritti dell'uomo, abbia fatto riferimento alla Convenzione di Roma, preferendola, o anteponendola a tutti gli altri documenti internazionali riguardanti la stessa materia, mostra inequivocabil-

¹⁶ Cfr. sull'argomento F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2000; nonché F. CAPELLI, *I principi generali come fonte del diritto*, in questa *Rivista*, 1986, p. 541 ss.

¹⁷ Cfr. A. BARBERA, *Intervento in Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile, Firenze - 25 giugno 2001, Padova, Cedam, 2002, p. 122. Questi si chiede se «nell'Europa che ha generato il diritto romano e il diritto comune o conosce la *common law*, è del tutto fuori dalla propria tradizione riconoscere anche al diritto pretorio – certo con le dovute cautele – i tratti propri delle fonti del diritto?». Rispetto alle pronunce emesse dalla Corte di giustizia, ormai tutte le Corti costituzionali sembrano orientate verso il pieno riconoscimento di una efficacia identica a quella garantita al diritto comunitario *tout court* (cfr. M. P. CHITI, *Casi e materiali di diritto pubblico comunitario*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 156 ss.). Basterà considerare la sentenza n. 113/1985 (che conferma il contenuto della n. 170/1984) in cui la Corte costituzionale italiana, dopo aver sottolineato il primato del diritto comunitario su quello interno, ha ribadito che tale previsione «vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della CEE mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti (...) dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia», poiché con queste decisioni (come preciseranno gli stessi giudici delle leggi nella sentenza n. 389/1989) «la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato (...) e, per tale via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative» (...) tali sentenze dichiarative hanno quindi «la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate».

¹⁸ Meritevole di considerazione è il recente scritto di A. FALZEA, *Nel cinquantenario della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2000 (relazione introduttiva al Convegno Linceo del novembre 2000 dedicato alla celebrazione del cinquantenario della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali). Questi afferma che la Convenzione «colloca le situazioni giuridiche dei diritti dell'uomo al vertice dell'ordinamento giuridico europeo, conferendo loro sotto il profilo soggettivo la veste di diritti fondamentali e attribuendo alle rispettive regole giuridiche la posizione oggettiva di principi fondamentali. Completato il percorso della positivizzazione internazionale europea, i diritti dell'uomo rivestono il ruolo di condizioni di validità di tutte le azioni che comunque ricadano sotto il raggio operativo della Convenzione e di condizioni di legittimità, ma anche di criterio conformativo, di tutte le altre regole giuridiche dello stesso diritto comunitario e del sistema normativo degli Stati membri» (p. 709).

mente che essa è considerata un atto "vicino" agli Stati membri (perché fondato sulle loro tradizioni costituzionali) e al diritto comunitario in genere¹⁹. Alcune sentenze nazionali suffragano tale assunto. Una voce dottrinale italiana ha infatti segnalato una serie di recenti «decisioni delle giurisdizioni di merito che hanno espressamente equiparato la Convenzione al diritto comunitario», considerando le disposizioni di quella come «vero e proprio diritto comunitario in virtù del loro recepimento nel trattato quali principi generali dell'ordinamento comunitario»²⁰.

E la considerazione secondo la quale, prima di giungere ad un generale e consolidato riconoscimento del valore di parametro giuridico, per certi aspetti addirittura *sovracomunitario*, della CEDU, la Corte di Lussemburgo mostrò non poche resistenze a fare anche solo un generico espresso riferimento a tale documento (prima, e alle decisioni della Corte di Strasburgo dopo), non smentisce, ma avvalorata la tesi sin qui proposta²¹. Tutte le iniziali remore dimostrano che l'organo di Lussemburgo, temeva proprio che un esplicito richiamo alla Carta di Roma, atto non del tutto estraneo all'ordinamento comunitario, ma anzi "prossimo" a quest'ultimo, potesse condurre ad una indiretta e sottaciuta (proprio perché naturale) trasposizione della stessa nel diritto comunitario²². Solo dopo aver negato la possibilità di una formale adesione della Comunità alla Convenzione del '50, il richiamo alla stessa è divenuta, con serenità, prassi per i giudici comunitari²³.

¹⁹ Basti considerare il riferimento alla CEDU, e alla relativa interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, contenuto in una recente sentenza della Corte di giustizia (la *Carpenter* dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 528), la quale, risolvendo un caso riguardante l'ambito di applicazione dell'art. 49 del Trattato, in particolare rispetto all'art. 8 della Convenzione del '50, ha osservato, *mutatis mutandis*, che la disposizione CE va interpretata «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare». Sarebbe dunque affermarsi che le norme sui diritti dell'uomo contemplate nella CEDU debbano essere considerate quale parametro di interpretazione delle stesse disposizioni contenute nei trattati. Per un'attenta analisi della decisione in parola, cfr. S. ACIERNO, *La sentenza Carpenter: i diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 653 ss.

²⁰ Cfr. B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 1358 ss.

²¹ In senso assolutamente contrario è T. GROPPi, in R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 357, la quale osserva che «se la Corte di giustizia ha ammesso che la CEDU costituisce una fonte di ispirazione privilegiata, essa non ha cessato di ribadire che "non applica la Convenzione", negando di poter valutare la conformità del diritto nazionale e comunitario alla CEDU».

²² Cfr. F. TORIELLO, *I principi generali*, cit. *supra*, nota 16, p. 235 ss. Lo studioso rileva anzitutto «la tendenza della Corte di giustizia a citare le disposizioni della CEDU, ma anche e soprattutto ad affrancare il diritto comunitario da ogni potenziale dipendenza, non solo dal punto di vista formale della vincolatività propria di una fonte del diritto applicabile, ma anche sostanziale e contenutistica, rispetto alla blasonata Convenzione (...) se il richiamo avvenisse sistematicamente a favore di una sola fonte extra comunitaria (es. la CEDU), la Corte avallerebbe a lungo andare la vigenza di essa quale fonte diretta del diritto comunitario, mentre il richiamo di più fonti di ispirazione comporta una valutazione implicita di inessentialità di ognuna di esse singolarmente presa».

²³ Diversi studiosi del diritto comunitario sono, a tal proposito, concordi. Cfr., per tutti, G. F. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, (a cura di G. F. FERRARI), Milano, Giuffrè, 2001, p. 79.

Ancor prima di un implicito riconoscimento comunitario *praeter legem*, è tuttavia la stessa *natura ontologica* della CEDU a permettere di considerarla, *absit iniuria verbis*, non tanto come un atto appartenente al diritto internazionale e del tutto avulso da quello che oggi viene definito "diritto comunitario", ma come un *atto pre-comunitario*, o, meglio ancora, *para-comunitario*.

La prima valutazione che milita a favore di un simile assunto riguarda la stessa portata delle disposizioni inserite nella Convenzione di Roma del '50 (affatto simile a quella delle norme comunitarie); anch'esse infatti sono fornite, secondo l'opinione di una dottrina dominante e di una giurisprudenza consolidata, di almeno una caratteristica propria delle fonti del diritto comunitario, ossia del primato sul diritto interno (finanche su quello costituzionale)²⁴. A chi obietasse che però continua a mancare alle disposizioni della CEDU l'altro carattere fondamentale del diritto comunitario (o di una gran parte di esso), ossia quello della diretta applicabilità ad opera del giudice nazionale, potrebbe risponderci facendo riferimento a quelle autorevoli decisioni in cui sembra aprirsi la strada verso il riconoscimento finanche di tale qualità alla Convenzione dei diritti dell'uomo²⁵. D'altra parte poi, si consideri che non

²⁴ La Corte costituzionale italiana ha riconosciuto con la sentenza n. 10 del 19 gennaio 1993 che le norme della Convenzione europea fanno parte a tutti gli effetti del diritto interno e poiché derivano da una "fonte atipica" non tollerano alcuna forma di abrogazione da parte di disposizioni interne, quantunque posteriori. La Cassazione, Sezione Penale, con la sentenza del 12 maggio 1993 ha statuito che «le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in quanto principi generali dell'ordinamento giuridico godono di una particolare forma di resistenza nei confronti della legislazione posteriore». Cfr. sull'argomento J. DHOMMEAUX, *Convention européenne de droits de l'homme et supraconstitutionnalité*, (Relazione alle XV Giornate giuridiche franco-italiane sul tema: «La sovracostituzionalità», Rennes, 7-10 ottobre 1993), in *Giustizia e Costituzione*, 1994, nn. 2-4, p. 49 ss.

²⁵ Si pensi alla famosa sentenza della Corte di cassazione (la n. 6672 dell'8 luglio 1998), in cui si è affermato che le norme della Convenzione «impongono agli Stati contraenti veri e propri obblighi giuridici immediatamente vincolanti e, una volta introdotte nell'ordinamento statale interno, sono fonte di diritti e obblighi per tutti i soggetti». In dottrina si è invero rilevato che il reale rischio connesso alla possibilità di un riconoscimento della diretta applicabilità delle norme della CEDU è che il controllo diffuso sulle leggi interne (che ne deriverebbe) «avrebbe effetti ben più ampi di quelli derivanti dal potere-dovere di non applicare leggi interne "anticomunitarie" (...): significherebbe introdurre una breccia imponente nel nostro attuale sistema, in cui il giudice non è abilitato a negare applicazione a disposizioni di legge efficaci, pur se le ritenga invalide, senza ricorrere al previo giudizio della Corte costituzionale. Si aggiunga che, non essendovi alcun meccanismo attraverso cui il giudice possa interpellare il giudice europeo, analogo alla questione pregiudiziale che può o deve essere proposta davanti alla Corte di giustizia di Lussemburgo ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, al giudice nazionale si verrebbe a riconoscere un potere sostanzialmente incontrollato di rifiutare applicazione alle leggi». Così B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea*, cit. *supra*, nota 20, p. 1349 ss. Ma la giurisprudenza italiana non è sembrata preoccuparsi troppo di tali conseguenze, infatti già in una sentenza del 12 maggio 1993, *loc. cit.*, la Corte di cassazione aveva invitato il giudice interno ad una sorta di "interpretazione conforme" delle norme nazionali rispetto a quelle contenute nella CEDU (proprio come avviene ormai rispetto alle norme comunitarie). I giudici di legittimità disponevano infatti *apertis verbis* che «in virtù della Convenzione, in Italia il giudice non è solo chiamato a verificare – nel momento astratto della sua formulazione – la conformità costituzionale del sistema normativo da applicare, ma deve valutare alla luce dei principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo tal sistema nel suo momento operativo della sua concreta ed effettiva applicazione, per evitare che lo stesso, distortamente interpretato possa risolversi nella violazione dei fondamentali diritti della persona da essa riconosciuti e tutelati». Non è forse questo un invito ad un'interpretazione conforme, analogo a quello richiesto

tutte le disposizioni vigenti nell'ordinamento giuridico comunitario sono dotate dell'efficacia diretta (ma non per questo sono estranee al diritto comunitario o sono "meno comunitarie" delle altre).

Secondo la condivisibile opinione di qualcuno, anche nella relazione tra le disposizioni della CEDU e quelle dei singoli ordinamenti aderenti ad essa, così come già nei rapporti tra l'ordinamento comunitario e quelli nazionali, varrebbe la *tesi monista*, ossia l'*opinio* di una perfetta compenetrazione delle diverse norme in unico sistema sovranazionale. Tale *reductio ad unum* varrebbe *a fortiori* con riferimento ai diritti dell'uomo e all'importante funzione che essi svolgono all'interno degli ordinamenti giuridici moderni. Si è acutamente scritto che «adattando la teoria del Kelsen al nostro caso non bisogna immaginare i Diritti dell'uomo come diritti che compongono un ordinamento giuridico autonomo e distaccato da quello nazionale, come una sfera giuridica indipendente da tutte le altre, ma come norme che fanno parte dell'ordinamento giuridico nazionale e in quanto tale devono in questo trovare non solo attuazione concreta ma anche piena tutela giurisdizionale»²⁶.

Il problema è in fondo ricollegabile a quello concernente il tipo e grado di valore giuridico che alla CEDU va riconosciuto nell'ordinamento italiano²⁷ (valore dubbio, nonostante le tante indicazioni fornite dagli organi giurisdizionali di ultima istanza): ed in particolare se la sua efficacia sia da ricollegarsi all'art. 10 o all'art. 11 della nostra Costituzione²⁸. Parte della dottrina ritiene preferibile la prima soluzione²⁹, ma forse considerare la CEDU come un «ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» (del resto molti autori parlano di un vero e proprio sistema CEDU, dotato di una serie di

più volte, tanto dalla Corte di giustizia, quanto da quelle nazionali, nei confronti delle norme comunitarie? E non è altresì questo un ulteriore connotato comune ai due tipi di fonte?

²⁶ A. A. ALBERGHINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto vigente*, in *Diritto & Diritti, rivista giuridica on line*, febbraio 2001, *passim*. Questa auspicata "piena tutela giurisdizionale" può invero aversi solo se a fronte di un atteggiamento negligente dei legislatori si prevede la *vigile suppleanza normativa* della giurisprudenza. Anche rispetto alle norme della CEDU si avrebbe così quello che G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, *passim*, definisce, con riferimento all'efficacia diretta delle direttive non trasposte, «uno strumento pedagogico» per gli Stati membri.

²⁷ Il problema è molto più limitato in alcuni Paesi (come la Spagna, il Portogallo, l'Austria, la Germania e i Paesi Bassi), in cui si è riconosciuta alla CEDU una portata costituzionale. L'Italia vi ha invece dato recepimento *solo* con una legge ordinaria (l. n. 848/1955), contenente un ordine di esecuzione. Esponendo così, almeno formalmente, la legge di esecuzione della CEDU alla possibilità di abrogazioni successive. Cfr. A. PERTICI, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/copanella.

²⁸ Vi è anche chi, rifacendosi ad una serie di recenti sentenze della Corte Costituzionale, ha rinvenuto nell'art. 2 della Costituzione una "fattispecie aperta" idonea a garantire una copertura apicale ad ogni accordo internazionale finalizzato a dare tutela ai diritti fondamentali dell'uomo. Cfr. per tutti A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Roma-Bologna, Zanichelli, 1975, p. 84 ss.; E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 368 ss.

²⁹ Cfr. E. CHELI, *Protezione e giustiziabilità dei diritti umani: la via degli articoli 10 e 11 della Costituzione italiana*, in S. CAPRIOLI - F. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, Stabilimento tipografico Pliniana, 1992, p. 97 ss.

organi autonomi *ad hoc* istituiti) è preferibile che equipararla a qualsiasi altro complesso di «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» (che coincidono per lo più con delle regole non scritte e più propriamente internazionali e non comunitarie o *pre-/para-comunitarie*)³⁰.

D'altra parte (e qui sta il vero nodo problematico) ricollegare pure la CEDU, e la sua peculiare efficacia nell'ordinamento giuridico italiano, alla *speciale "copertura costituzionale"* fornita dall'art. 11 della Costituzione può forse comportare un riconoscimento, anche per le disposizioni contenute in tale documento, di quello stesso effetto diretto (o, meglio ancora, del c.d. "effetto di esclusione" o impeditivo³¹) accordato alle più importanti norme comunitarie³². Possibilità, questa, come si è già detto, rischiosa e di difficile configurazione, ma che non ha frenato alcuni coraggiosi giudici di merito (in particolare quelli del tribunale di Genova e della Corte d'appello di Roma), i quali, nel riconoscere anche per le disposizioni della CEDU un'efficacia diretta, hanno compiuto un'immediata e contestuale disapplicazione di norme interne incompatibili con quelle³³. E tale indirizzo giurisprudenziale sembra trovare oggi conforto nelle recentissime sentenze della Corte di cassazione, le n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341 del 26 gennaio 2004, che (soprattutto la terza) invitano altresì il giudice nazionale ad un'interpretazione delle disposizioni interne conforme alla CEDU (proprio come da tempo avviene per le norme comunitarie).

³⁰ Del resto la stessa Corte costituzionale in una serie di pronunce aveva negato la possibilità di una *copertura costituzionale* ad opera dell'art. 10 per le norme pattizie. Cfr. le sentenze n. 496 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, n. 4015 e n. 168 del 1994. Di avviso contrario pare invece essere la sentenza n. 388 del 1999. Cfr. G. SORRENTI, *La Corte corregge il giudice a quo o piuttosto (...) sé stessa? In tema di copertura costituzionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2301 ss.

³¹ Cfr. G. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. I, Padova, Cedam, 2003, p. 224 ss. nonché G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 11, p. 196 ss.

³² D'altra parte il problema del fondamento giuridico costituzionale (italiano) di un pieno ingresso delle norme della Convenzione di Roma nel nostro ordinamento sarebbe ormai pacificamente risolto dalla presenza di una norma contenuta nel riformato art. 117, il quale prevede oggi al primo comma 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». Tale previsione, se da un lato potrebbe forse parificare le norme comunitarie e quelle della CEDU ad ogni altra norma costituzionale, dall'altro potrebbe probabilmente confermare che il sistema comunitario e quello della Convenzione del '50 hanno parecchio in comune. Per un'analisi sul nuovo rapporto tra diritto internazionale (e comunitario) e diritto interno cfr. per tutti C. PINELLI, *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 194 ss.; E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 921 ss. Del nuovo ruolo partecipativo delle Regioni al progetto comunitario si era già occupato con lungimiranza G. GRECO, *Stato e Regioni nel quadro della partecipazione italiana al sistema comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 287 ss.

³³ Cfr. A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea*, cit. *supra*, nota 4, p. 148 ss. nonché A. GUAZZAROTTI, *L'applicazione immediata del diritto vivente CEDU da parte del giudice italiano: un controllo di convenzionalità delle leggi "diffuso"?*, in *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, cit. *supra*, nota 10, p. 399 ss.

Si potrebbe concludere, a questo punto, il discorso sulla natura e la portata delle disposizioni contenute nella Convenzione del '50, affermando che trattasi invero di un "*tertium genus di fonte sovranazionale*", un ibrido (tra quelle che solitamente sono considerate le fonti del diritto internazionale e quello che è oggi il diritto comunitario), considerando che la CEDU, da un lato presenta un elenco di diritti fondamentali aperto alla firma di una moltitudine di Stati (proprio come molte altre Carte internazionali), dall'altro sembrerebbe costituire un vero e proprio assetto ordinamentale, con un organo parlamentare, uno esecutivo ed uno giurisdizionale (alla stessa stregua del sistema comunitario)³⁴.

³⁴ Anzi è possibile affermare che sistema CEDU e sistema comunitario continuano a rimanere gli unici due esempi di organizzazioni internazionali in cui è stata istituita un'assemblea parlamentare (e ad onor del vero va rilevato che gli stessi redattori del Trattato CECA hanno pensato di ricorrere ad un'istituzione assembleare proprio seguendo il modello CEDU): questa è un'ulteriore prova della vicinanza tra i due impianti internazionali (entrambi diretti non solo a regolare i rapporti tra Stati, ma anche tra cittadini, i quali, essendo quindi soggetti di diritto anche per tali realtà sovranazionali, devono poter partecipare, sia pur con meccanismi di rappresentanza, ai processi decisionali). Delle distinzioni tra i due sistemi giuridici si è di recente occupata S. ACIERNO, *La sentenza Carpenter, cit. supra*, nota 19, p. 661, la quale ha affermato che «rispetto al sistema della CEDU, il diritto comunitario offre una protezione giurisdizionale più efficace, in particolare grazie ai principi dell'effetto diretto e del primato, e soprattutto alla possibilità del rinvio pregiudiziale immediato – senza previo esaurimento delle vie di ricorso interne – con sospensione del procedimento principale». In realtà il sistema di protezione previsto dalla CEDU (in particolare col meccanismo del ricorso individuale) appare, almeno agli occhi di una parte considerevole della dottrina, preferibile, tanto da essere suggerito anche per le future forme di tutela comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo, allorché esse verranno realmente e definitivamente affidate ad una Corte costituzionale comunitaria. Discutibile, perché anacronistico, è anche l'inciso secondo il quale l'effetto diretto e il primato sarebbero i principi grazie ai quali la protezione comunitaria è più efficace di quella del sistema CEDU: anche rispetto alle norme contenute nella Convenzione da tempo si sono riconosciuti, come si è finora evidenziato, tali principi (cfr. il contributo di A. BULTRINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in *Corr. giur.*, n. 5, 1999, p. 650, il quale afferma, a ragion veduta, che «il problema non va posto in termini conflittuali: se cioè debba prevalere il diritto interno o quello convenzionale. L'obiettivo (...) è quello di raffrontare e combinare i due sistemi [convenzionale e interno] in modo da individuare la norma che comporti la soluzione più efficace per la protezione dei diritti fondamentali»). Qualche obiezione si potrebbe muovere anche all'altra considerazione dell'autrice, quella secondo la quale pure «da un punto di vista sostanziale, il diritto comunitario offre probabilmente un controllo di proporzionalità più incisivo rispetto a quello effettuato dalla Corte di Strasburgo», poiché «mentre la Corte di Strasburgo garantisce una soglia minima comune di protezione dei diritti fondamentali riconoscendo allo stesso tempo agli Stati parte un certo "*marge d'appréciation*" (margine di valutazione), la Corte di giustizia delle Comunità europee è obbligata dall'imperativo di uniformità nell'applicazione del diritto comunitario ad offrire uno *standard* più elevato di protezione che sovente esclude qualsiasi margine di valutazione in capo agli Stati membri». Invero il principio di proporzionalità è tutto affatto comunitario e pone notevoli freni al potere di intervento della Comunità, basti pensare alle notevoli resistenze che gli Stati membri hanno più volte manifestato, a tutela del c.d. "nucleo duro" contenuto nelle proprie costituzioni. Né può con estrema disinvoltura affermarsi che la Corte di Lussemburgo, per garantire l'uniformità delle discipline, ha sempre utilizzato uno *standard* di tutela elevato (anzi spesso è accaduto l'esatto contrario: sicché ancor oggi si considerano insiti nell'attività uniformatrice della Corte, i rischi di dar vita a delle armonizzazioni c.d. *al ribasso*. Cfr. G. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo, cit. supra*, nota 31, p. 138 ss.). Anche per tutte queste considerazioni il sistema di garanzia previsto nella CEDU appare preferibile a quello comunitario, non foss'altro perché il relativo organo giurisdizionale si riserva autorevolmente l'ultima parola in tema di tutela dei diritti dell'uomo, e non mostra tutti i timori e le timidezze da sempre manifestate dalla Corte di Lussemburgo (in quanto organo auto-rivistitosi di un compito che, almeno formalmente, nessuna disposizione apicale gli ha mai attribuito).

Tuttavia il discorso merita di essere ulteriormente approfondito, rilevando che, alla luce di una serie di altre considerazioni, non sembra così azzardato affermare, invece, che la CEDU è atto assimilabile alle fonti comunitarie (se non altro al c.d. *soft law comunitario*, in cui del resto viene fatta rientrare anche la recente Carta di Nizza) più che a quelle internazionali *tout court*³⁵.

Anzitutto occorre sottolineare che tutti gli Stati aderenti alla CECA e poi alla CEE e alla CEEA (ma pure quelli facenti oggi parte dell'Unione) erano (e sono tuttora) anche membri del Consiglio d'Europa³⁶. Ergo, come è facile immaginare, nella stessa stesura della Convenzione europea dei diritti dell'uomo grande influenza, se non potere decisivo vero e proprio, ebbero quegli stessi Stati, che negli anni immediatamente successivi alla firma della CEDU, hanno dominato anche la scena economico-politica e dunque giuridica delle tre Comunità originarie.

Ma per comprendere la reale natura (*pre-*, o *para-*, *comunitaria*) della Convenzione di Roma sarebbe probabilmente necessario proprio "contestualizzare" la sua elaborazione e proclamazione, considerando le vicende che negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale caratterizzavano gli scenari politico-economici europei³⁷.

I fondatori dell'Europa comunitaria si mostrarono chiari portatori di una duplice esigenza: da un lato creare uno spazio economico-giuridico comune, dall'altro fondare una comune area di tutela massimizzata dei diritti fonda-

³⁵ Merita di essere segnalata una recente sentenza (la n. 20031/03) della quarta sezione penale della Corte di cassazione italiana (molto criticata da A. MARI, *Usò delle armi, come la Corte "inciampò" sulle fonti comunitarie*, in *Diritto e giustizia*, n. 20/2003, p. 18 ss.), in cui, per argomentare la prevalenza della CEDU rispetto alle fonti interne di rango legislativo ordinario, i giudici di legittimità premettono un lungo riferimento sulla prevalenza delle fonti comunitarie rispetto a quelle statali. Ci si potrebbe chiedere se veramente si tratti di una "svista" (tesi poco attendibile, vista l'autorevolezza dell'organo giurisdizionale che ha emesso la sentenza), o se invece dietro tale decisione si celi la visione sempre più consolidata anche in giurisprudenza di una possibile equiparazione tra le norme comunitarie e quelle della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

³⁶ Anche se non è vero il reciproco: il Consiglio d'Europa oggi comprende molti più Stati rispetto a quelli dell'Unione europea, ma i continui allargamenti del contesto comunitario/europeo porteranno sicuramente a rendere tale differenza tra i componenti delle due realtà sovranazionali sempre più sfumata, e ciò permetterà, o ha già permesso, di risolvere anche i tanti problemi politici legati all'adesione della Comunità/Unione alla CEDU.

³⁷ È opportuno ricordare che in quegli anni tra alcuni dei Paesi membri del Consiglio d'Europa si andavano instaurando relazioni economiche e politiche ben più strette rispetto a quelle tipicamente intergovernative (o cooperative). Nel 1948 ben 16 Paesi europei avevano già aderito al c.d. "*European Recovery Program*", altresì noto come "piano Marshall", un progetto americano di assistenza economica, e avevano fondato un'organizzazione europea per la cooperazione economica (OECE). Come si è già accennato, nel maggio del 1950 il Ministro degli esteri francese esternava la famosa dichiarazione-proposta, nota come "piano Schuman", rivolta soprattutto alla Germania, ma aperta a tutti i Paesi europei, riguardante la messa in comune della produzione del carbone e dell'acciaio, ma che in fondo voleva essere il chiaro tentativo di instaurare un dialogo politico-economico che potesse portare alla creazione di un'organizzazione merceologica sovranazionale. F. POCAR, in *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2003, *passim*, analizza con estrema chiarezza la situazione storico-politica, ma anche economico-giuridica del secondo dopoguerra in Europa. Altrettanto meritevole di segnalazione è lo studio analitico di G. P. ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1999, *passim*.

mentali dell'uomo. Due obiettivi apparentemente disgiunti e indipendenti. Non troppo in realtà³⁸.

Come è stato evidenziato: «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»³⁹.

Del resto, secondo quanto ammonisce il celebre adagio, *inter arma silent leges*: non è possibile pensare alla costruzione di una struttura giuridica senza gettare prima le fondamenta per una pacifica convivenza tra i membri dei singoli Paesi; e se il fine di una cooperazione tra gli Stati era quello di evitare il ripetersi di conflitti dagli effetti incontenibili nei territori europei, questo obiettivo non poteva perseguirsi senza sottointendere un comune riconoscimento dei più basilari diritti umani⁴⁰.

³⁸ Il preambolo stesso del testo di Roma affermava, del resto, che il fine della Convenzione è anche il perseguimento di «una più stretta unione tra i suoi membri, e uno dei modi attraverso i quali raggiungere tale obiettivo è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Se è vero quindi che il diritto (primitivo) delle Comunità europee era privo, almeno nella sua formale configurazione originaria, di qualsiasi (palese) interesse per i diritti fondamentali dell'uomo, non può dirsi però che l'unica fonte europea in tema di diritti umani, *alias* la Convenzione del '50, fosse indifferente alle problematiche di tipo politico-economico riguardanti gli Stati europei (alle questioni portate cioè dopo qualche anno sulla tavola comunitaria, con l'invito, esteso del resto a tutti i Paesi d'Europa, a prendervi parte).

³⁹ A. FALZEA, *Nel cinquantenario della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 18, p. 695 ss. Lo stesso autore sottolinea 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).

⁴⁰ È sempre A. FALZEA, *Nel cinquantenario della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, loc. cit., p. 709 ss., a porre l'accento sul «ruolo, non esclusivamente etico-giuridico, che l'unificazione dei diritti umani rivestiva per la unificazione politica degli Stati europei». Ma un conto è desiderare che nelle reciproche relazioni ci siano situazioni di pace, di rispetto delle prerogative sovrane degli uomini, e così via (desiderio proprio anche della Dichiarazione del '48 se si vuole), altra cosa è invece auspicare la realizzazione, non di un pacifico confronto cooperativo intergovernativo, ma di una vera e propria integrazione, con rinuncia a porzioni anche rilevanti della propria sovranità, per garantire il rispetto di interessi superindividuali. Se nel primo caso il riconoscimento dei diritti umani può essere sottointeso solamente, nel secondo caso invece esso va promosso ed evidenziato: non a caso quando si è iniziato a parlare di un'Unione politica comunitaria è apparsa non più trascurabile la tutela dei diritti fondamentali della persona umana (e non più del solo *homo oeconomicus*). Tra i redattori della Convenzione del '50, i quali, come si è già detto sono (in parte, sotto il profilo quantitativo, nella loro totalità invece sotto il profilo qualitativo, ossia dell'importanza delle posizioni) gli stessi che oggi dirigono le scelte legislative comunitarie, aleggiava già (ed è la storia a mostrarlo) il desiderio di costituire un'unione forte tra gli Stati europei che non fosse del tutto slegata a interessi merceologici, economici o comunque politici. C'è quindi una "relazione di reciprocità" tra i due obiettivi prefissati dai redattori del documento, ossia tra il tentativo di garantire i diritti fondamentali dell'individuo e quello di garantire un'unione non solo "etico-giuri-

Proprio a ragione di tutte queste considerazioni, nonostante sia stata negata, con argomenti sicuramente autorevoli e persuasivi (ma, ad avviso di chi scrive, discutibili sul piano prettamente giuridico e giustificabili solo sul piano politico), l'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sicuramente, e lo si ribadisce, quest'ultima non può considerarsi come un atto del tutto estraneo al *progetto comunitario*, ma anzi preliminarmente o comunque *a latere* rispetto a quest'ultimo.

Se si tiene conto del fatto che nel famoso parere (n. 2/94) reso dalla Corte il 28 marzo 1996, pur negando la possibilità di un'adesione della Comunità alla CEDU, veniva ribadito il principio secondo cui «il rispetto dei diritti dell'uomo costituisce un requisito di legittimità degli atti comunitari», mentre nell'art. 6 del Trattato di Maastricht si afferma che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU», dal combinato disposto di questi due precetti può desumersi, senza eccessive forzature, che la Convenzione di Roma ha un rilievo pressoché identico a quello rivestito dai Trattati comunitari e da «ogni regola relativa alla sua applicazione» (art. 230 CE). Gli effetti di una simile valutazione non meritano commento.

D'altra parte un richiamo alla stessa teoria internazionalistica dei *poteri impliciti* (nonostante il contrario avviso dei giudici di Lussemburgo), permette di concludere che, se la tutela dei diritti dell'uomo è obiettivo insito ormai nel diritto comunitario, non può che riconoscersi implicitamente a tutti i soggetti di tale ordinamento il potere/dovere di fare quanto più è possibile (o perlomeno quanto è indispensabile) perché tale obiettivo sia realizzato⁴¹.

Perseguire l'adesione all'unico documento giuridico europeo contenente un elenco esaustivo dei diritti dell'uomo, e che rispecchia anche le tradizioni costituzionali comuni di quegli stessi Stati aderenti alla struttura comunitaria, era un obbligo al quale la Corte di giustizia non avrebbe dovuto probabilmente sottrarsi⁴². Dunque, pur non disconoscendo l'impegno dell'organo giudiziario di Lussemburgo per l'effettiva *fondazione in sede comunitaria* dei diritti dell'uomo, non può negarsi che gli atteggiamenti usati dalla istituzione comunitaria in tale delicato settore del diritto sovranazionale non sempre sono stati coerenti o condivisibili.

dica", ma anche economica e politica tra i Paesi europei.

⁴¹ Rilevante e condivisibile pare l'opinione di A. PIZZORUSSO, *Il rapporto del Comitato Simitis*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, II, p. 558, secondo il quale «inevitabilmente diverrà insostenibile la concezione dell'Unione come istituzione dotata di funzioni tassativamente limitate sulla base di specifiche attribuzioni di competenza, giacché le materie sulle quali le norme sui diritti civili e sui diritti sociali incidono sono praticamente tutte».

⁴² Cfr. V. 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 ss. nonché 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 ss.

Il problema appare comunque definitivamente risolto, poiché se, in seguito all'esplicito richiamo a tale documento internazionale, operato dal Trattato di Maastricht (art. 6, II par.), in dottrina si è parlato di «un'appropriazione informale della CEDU» da parte della Corte di giustizia, sicuramente oggi, alla luce della previsione normativa (di cui si darà conto da qui a poco) contenuta nella Costituzione europea (all'art. 7), ben può ammettersi la totale e definitiva "comunitarizzazione" della CEDU, che attende solo l'individuazione precisa del meccanismo tecnico con cui essa debba essere effettuata.

Il dubbio che nasce, piuttosto, concerne ormai l'effettiva utilità di un'adesione ad un atto che è palesemente superato nelle sue formulazioni normative da una *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (meglio nota come Carta di Nizza), la quale ha in quel documento trovato fondamento, costruendo però un impianto giuridico nuovo e più moderno⁴³.

3. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le innumerevoli disquisizioni sulla sua natura, completezza ed effettiva utilità

Il primo vero importante atto politico-normativo (seppur appartenente per i più al solo c.d. *soft law*) dell'Unione europea, che contiene un esaustivo elenco di diritti fondamentali dell'uomo da garantire e promuovere nello *spazio giuridico europeo*⁴⁴, è costituito dalla Carta europea dei diritti fonda-

⁴³ Cfr. A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 621 ss. Assolutamente favorevole all'adesione è stato invece, come si vedrà a breve, il Gruppo II della *Convention* incaricata di redigere il Progetto di Trattato Costituzionale europeo. Infatti nella "Relazione finale" del c. d. "Gruppo Carta", presentata il 22 ottobre 2002, Conv. 354/02, si legge che «l'incorporazione della Carta nei trattati e l'adesione dell'Unione alla CEDU non devono essere considerate come alternative, bensì come misure complementari assicuranti il pieno rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione: così come l'esistenza della Carta non attenua in alcun modo i vantaggi derivanti dall'estensione del controllo esercitato dalla Corte di Strasburgo all'azione dell'Unione, l'adesione alla CEDU non sminuisce l'importanza che l'Unione si doti di un suo catalogo di diritti fondamentali. Entrambe le misure condurrebbero ad una situazione analoga a quella degli Stati membri che prevedono nella loro Costituzione la tutela dei diritti fondamentali ma, al tempo stesso, si sottopongono al controllo supplementare esterno dei diritti umani previsto dal sistema di Strasburgo. Pertanto, alla luce di quanto precede, il Gruppo raccomanda (fatta salva la decisione politica di cui sopra e le salvaguardie illustrate in appresso) di inserire in un punto appropriato del trattato costituzionale una base giuridica che abiliti l'Unione a aderire alla CEDU. La formulazione della base giuridica potrebbe essere redatta in termini abbastanza semplici (la base giuridica potrebbe affermare ad esempio che l'Unione è abilitata a aderire alla CEDU (...)). Data l'importanza costituzionale di un'eventuale adesione, andrebbe precisato inoltre che la firma e la conclusione del trattato di adesione richiedono una decisione unanime del Consiglio e il consenso del Parlamento europeo; altrimenti, si applicherebbero le normali procedure previste per gli accordi internazionali». Quest'ultimo auspicio non è stato recepito dalla *Convention* decidente in seduta plenaria.

⁴⁴ L'espressione «Spazio giuridico europeo» è probabilmente la più appropriata per definire la complessa realtà giuridica sovranazionale, ossia quel "sistema di ordinamenti", attualmente esistente in ambito comunitario-europeo. Cfr. M. P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 979 ss.

mentali dell'uomo, firmata, sotto la veste di "Dichiarazione solenne", nel corso del Consiglio europeo di Nizza, il 7 dicembre del 2000⁴⁵.

A quanti hanno tentato di mettere in discussione l'utilità di tale documento potrebbe forse risponderci con le stesse parole felicemente espresse dai Capi di Stato e di Governo nelle conclusioni del vertice di Colonia del giugno 1999 (che ha fornito il mandato ai redattori della Carta) e ribadite poi in varie occasioni successive, ad esempio nel corso del Consiglio europeo di Tampere

⁴⁵ La letteratura su tale documento è ormai molto ampia. Cfr. per tutti: ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO COMPARATO (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale, Messina - Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001, Milano, Giuffrè, 2002; R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 882 ss.; G. ARRIGO, *La Carta di Nizza: natura, valore giuridico, efficacia*, in *Il diritto del lavoro*, 2001, fasc. 6, pt. 1, p. 607ss.; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 241; G. CANNELLA, *La Carta dei diritti: un Passo verso un'Europa democratica*, in *Questione giustizia*, n. 1/2001, 148 ss.; M. CARTABIA, *L'efficacia della carta dei diritti fondamentali: un problema del futuro dell'Unione o una realtà del presente?*, in *Quad. cost.*, 2001; R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 21; A. CELOTTO, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il "Trattato costituzionale" europeo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; R. DAHRENDORF, *Non basta una Carta per fare l'Europa*, in *La Repubblica*, 14 novembre 2000; M. DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des Communautés européennes*, in *Rev. aff. eur.*, n. 4/1992; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, Relazione al convegno organizzato dal Goethe Institut di Torino sul tema: «Un percorso costituente per l'Europa? La Carta dei diritti fondamentali dell'UE», Torino, 1-2 dicembre 2000, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 153 ss.; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, fasc. 1, p. 33 ss.; G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, Giuffrè, 2001; L. FERRARI BRAVO, *La tutela dei diritti in Europa*, in *Europa e diritto privato*, 2001, fasc. 1, p. 37 ss.; L. FERRARI BRAVO - F. M. DI MAJO - A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2001; G. FLORIDIA, *Nell'intenzione dell'artista e agli occhi degli abitanti (osservazioni sulla "Dichiarazione dei diritti" di Nizza)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 163 ss.; G. CIANI, *Carta europea dei diritti fondamentali e società multietnica fra dinamiche di mercato e sincretismo culturale*, in *Diritti fondamentali e multietnicità, una ricerca per la Costituzione dell'Unione europea*, coordinata da A. GALASSO, Palermo, 2003, p. 51 ss.; A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001; F. MARCELLI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un nuovo approccio alla costruzione comunitaria?*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2000, fasc. 1-2, p. 72 ss.; A. J. MENÉNDEZ, *Constituting rights on their own right. The Charter of Fundamental Rights of the European Union (Costituzionalizzare i diritti sui loro diritti. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 397 ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cassazione penale*, 2002, fasc. 5, p. 1873 ss.; M. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001; A. PIZZORUSSO, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: le principali tappe preparatorie*, in G. ROLLA (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2001; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'Unione ed i diritti fondamentali: due passi avanti e uno indietro (sui diritti economici?)*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 551 ss.; M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, Atti del convegno «Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali», a cura di S. SCARPONI, Trento 23-24 novembre 2000; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002; A. RUGGERI, *La forza della Carta europea dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 182; G. SACERDOTI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini*, in *Il pensiero mazziniano*, 2000, p. 44 ss.; A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 43; A. TAMIETTI, *La nuova Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: quali rapporti con la Convenzione dei diritti dell'uomo?*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, n. 3/1999; G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, Cedam, 2002.

(nell'ottobre dello stesso anno): «l'evoluzione attuale dell'Unione europea esige la redazione di una Carta dei diritti fondamentali che faccia manifesto (...)»⁴⁶, o contrapporre le entusiastiche speranze di chi ha definito il documento in questione «la chiave di volta della costruzione europea»⁴⁷, o ancora proporre le accorte riflessioni di uno dei primi studiosi del documento, il quale, pur mostrandosi in parte critico verso le scelte operate dai redattori della Carta, ne ha però preconizzato l'enorme valore, rilevando che «per un giurista è evento raro e privilegiato assistere all'elaborazione di documenti costituzionali, come una Carta dei diritti fondamentali, destinati ad esplicitare una rilevanza cruciale nel proprio ordinamento giuridico, e subito commentarli [...]. Il privilegio diventa emozione di fronte alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dato che si tratta del primo tentativo nella storia dell'integrazione europea per un atto genuinamente costituzionale»⁴⁸.

Ciò nonostante vi è chi ha considerato la sua approvazione come «una vera e propria regressione, giuridica e politica»⁴⁹. Era del resto naturale che un'opera così importante e innovativa suscitasse «forti sentimenti di speranza e di timore»⁵⁰. Chi si accosta in modo "minimalista" o riduttivo alla Carta di Nizza vedrà sicuramente in essa una retorica e patetica ripetizione di previsioni normative contenute già in altre Carte "europee" o "internazionali" dei diritti, quali la CEDU, la Carta sociale del Consiglio d'Europa o finanche la

⁴⁶ Come si vede *ex principio*, l'obiettivo di fondo della Carta non è tanto, o meglio non solo, quello di introdurre nel sistema comunitario nuovi diritti fondamentali o di rafforzare il livello di protezione, ma di assicurare maggiore visibilità ai diritti già riconosciuti tramite una loro catalogazione in una carta unitaria. M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2002, p. 16, scrive che «leggendo le indicazioni dei vertici europei sembrerebbe dunque che la Carta avesse il fine di stabilizzare in un testo comunitario i diritti fondamentali sinora riconosciuti per il tramite di rinvii ad atti internazionali o alle esperienze costituzionali comuni e degli Stati membri. In tal modo si passa dal metodo di sviluppo incrementale, basato sull'*acquis*, ovvero principalmente sul portato della giurisprudenza in materia, alla luce delle innovazioni nei Trattati a partire da quello di Maastricht, a quello "cartista" del catalogo scritto». A. PACE, *La dichiarazione di Laeken*, *cit. supra*, nota 2, p. 627, ha evidenziato che la suddetta «visibilità dei diritti fondamentali prodotta dalla Carta, nel mentre costituisce una spinta per i cittadini europei ad identificarsi nei comuni valori (...) agevola, con ciò stesso, il controllo sociale delle eventuali violazioni dell'art. 6 comma 1 TUE. Il che finisce per determinare un effetto "conformativo" sul modo d'essere sia delle strutture organizzative sia delle decisioni politiche dei singoli Stati» (il che avrebbe messo i cittadini dei singoli Stati in grado di comprendere "la gravità" di un'eventuale violazione e della conseguente sanzione, e quindi di agire con un controllo di tipo politico avverso gli organi di governo del proprio Paese). Del resto già qualche anno prima un Comitato di esperti aveva espresso l'idea, giudicata da molti irrealizzabile, di stilare un *Bill of rights* scritto e da inserire nei Trattati comunitari. Il riferimento è al Comitato Pintasilgo, che formulò tale idea allorché, nel 1995, fu incaricato dalla Commissione di occuparsi della questione di una tutela effettiva dei diritti dell'uomo e della problematica concernente l'adesione alla CEDU dell'Unione.

⁴⁷ Sono parole di L. Jospin, pronunciate a Parigi, il 28 maggio 2001, in occasione del discorso su «*L'Avenir de l'Europe élargie*».

⁴⁸ Così M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti*, *loc. cit.*, p. 1.

⁴⁹ G. FERRARA, *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, *cit. supra*, nota 17, p. 27.

⁵⁰ G. G. FLORIDIA, *Nell'intenzione dell'artista*, *cit. supra*, nota 45, p. 163 ss.

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, o comunque un documento meramente ricognitivo⁵¹.

A suggerire la corretta interpretazione del valore da accordare alla Carta di Nizza è tuttavia una voce dottrinale qualificata, la quale, con riferimento al documento in questione, ha affermato che «le disposizioni riguardanti i diritti dell'uomo risultano collocate ad un livello superiore rispetto alle disposizioni ordinarie del diritto comunitario e da questo livello superiore condizionanti la legittimità delle restanti norme dell'ordinamento giuridico europeo. Questa loro collocazione e questa loro funzione legittimante fa dei principi della Carta relativi ai diritti dell'uomo delle regole di rango costituzionale europeo, con la conseguenza che, una volta assunta fra i Trattati europei, la Carta rappresenterà automaticamente il nucleo centrale di quella che dovrà essere la costituzione sostanziale dell'Europa unita»⁵².

Tra gli studiosi del diritto si è osservato che, accanto a posizioni volte ad enfatizzare i contenuti del nuovo *Bill of rights* europeo, si trovano posizioni volte a contrastarne addirittura l'ispirazione e l'impianto: «vi sono gruppi minoritari, localistici, nazionalisti, separatisti all'interno dello stesso Parlamento europeo, oltre ai conservatori britannici, che sono contrari ad un approfondimento dell'Unione europea. Tutti questi hanno espresso la loro contrarietà alla Carta, non tanto per il suo contenuto, quanto per la sua stessa esistenza, che comporta di per sé una evidenziazione della natura politica e non solo di mercato dell'Unione, oltre ad essere un passo rilevante nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea»⁵³.

Si può affermare che il fine precipuo della Carta europea dei diritti è sicuramente quello di dare certezza e maggiore vigore al patrimonio comune

⁵¹ G. ARRIGO, *La Carta di Nizza*, cit. supra, nota 45, p. 607 ss., scrive che «è evidente che la suddetta lettura minimalista vuole legare strettamente i contenuti e i valori della Carta di Nizza a quelli della CEDU e della Carta sociale del Consiglio d'Europa, e quindi all'esperienza giurisprudenziale intorno ad essa consumata dalla Corte di Strasburgo, per negare alla Carta di Nizza una propria autonomia vitale. Questo orientamento "minimalista" fornisce tuttavia un insegnamento utile, perchè, avvalorata la necessità – per una Unione sempre più politica – di costruirsi una propria "identità dei diritti" che, anche in questo campo, segni una frontiera più avanzata rispetto agli altri Paesi europei non ancora membri dell'Unione o candidati al "partenariato infracontinentale", come la Russia e le altre Repubbliche dell'ex Unione».

⁵² Così A. FALZEA, *Osservazioni introduttive*, p. 197 ss., in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, nota 45.

⁵³ A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 45, passim. Di fronte a tante critiche, spesso davvero facili, se non sterili e gratuite, rivolte alla Carta si potrebbe concludere con le parole di E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, cit. supra, nota 45, p. 15 ss.: «A me pare evidente che un testo derivante dalla cooperazione di soggetti tanto diversi per provenienze nazionali, opinioni politiche, tradizioni giuridiche, non può che essere un testo di compromesso che, anche nella sua espressione formale, evidentemente, non rappresenta un'unica ispirata visione dell'Europa, come forse ciascuno di noi desidererebbe, e come, indebitamente a mio giudizio, viene tuttora preteso da alcune parti, come dall'integralismo cattolico, dall'estrema sinistra o dal liberismo che si ispira al modello statunitense. Ciascuna di queste posizioni pretenderebbe di forgiare l'intera Europa a propria immagine e somiglianza, escludendo la legittimità di valori diversi».

dei diritti⁵⁴. Soprattutto grazie ad una maggiore visibilità che indubbiamente essi oggi hanno⁵⁵. Perché, come è stato rilevato da più parti, trasparenza e certezza vuol dire anche garanzia, soprattutto nell'ottica di «contrastare, avendo alle spalle una comune Carta dei valori, tentazioni xenofobe e razziste, peraltro dando una base giuridica al potere (che spetta all'Unione in base all'ultima versione dell'art. 7 del Trattato) di applicare sanzioni nei confronti dei Paesi che si siano resi responsabili di violazioni "gravi e persistenti" di diritti fondamentali»⁵⁶, soprattutto di quelli che, rispetto ai comuni e tradizionali diritti civili, sono stati posti spesso in subordine perché "scomodi" probabilmente. Il riferimento va ovviamente ai diritti collettivi (come quelli delle minoranze, i diritti di sciopero e serrata ecc.) e ai diritti sociali (perché non cogenti, ma altamente programmatici), per i quali sono, non a caso, sorti i maggiori problemi redazionali⁵⁷.

Il merito di un testo, come quello di Nizza, il quale arriva a rendere manifesti anche quei diritti che necessitano di ulteriori atti integrativi e attuativi degli Stati membri, è quello di ribadire che questi ultimi non possono più prescindere, nelle loro scelte normative, dagli indirizzi prefissati a livello comunitario⁵⁸. Per questo la Carta assume immediatamente una funzione di *cornice para-costituzionale europea*, che pur non prevedendo tutto (perché non può

⁵⁴ M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 46, p. 15, afferma che «l'obiettivo di fondo della Carta non è quello di introdurre nel sistema comunitario nuovi diritti fondamentali o di rafforzare il livello di protezione, ma di assicurare maggiore visibilità ai diritti già riconosciuti tramite una loro catalogazione in una carta unitaria». Obiettivo, questo, reso del resto palese anche dal Preambolo della Carta.

⁵⁵ Sarà utile riprendere le parole del Comitato Simitis, nella parte in cui evidenziava che «i diritti fondamentali possono assolvere la loro funzione unicamente se i cittadini sanno di disporne e sono coscienti della loro attuabilità. È quindi essenziale proclamare e presentare tali diritti in modo da consentire a ciascuno di conoscerli e farli valere».

⁵⁶ A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 45, passim.

⁵⁷ Le diatribe hanno assunto talvolta toni così accesi da indurre gli stessi redattori a proporre un'eliminazione radicale di ogni riferimento a qualsiasi diritto "non giustiziabile" (a tutte quelle previsioni giuridiche cioè destinate a rimanere lettera morta in assenza di interventi che solo i singoli Stati membri possono programmare secondo il proprio discrezionale apprezzamento politico-sociale e le proprie risorse economiche). Cfr. sull'argomento C. SALAZAR, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "un viaggio al termine della notte"?*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, cit. supra, nota 44, p. 241. L'autrice afferma che «continua ad essere opinione diffusa che sia possibile operare un trade-off tra diritti sociali ed economici e diritti civili e politici, nel senso che mentre si ritiene impensabile una Costituzione democratica che contempli i primi ma non i secondi, non si esclude che questi ultimi potrebbero sopravvivere o potrebbero farlo più facilmente senza i primi».

⁵⁸ S. GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 213, afferma che «la formalizzazione in un catalogo ad hoc dei diritti fondamentali (...) comporta indubbi vantaggi (...) l'attività giurisdizionale della Corte di giustizia sarebbe maggiormente legittimata dalla possibilità di agire, non già sulla base di vaghi e non meglio definiti "principi generali di diritto comunitario" ma di un elenco puntuale di situazioni giuridiche da garantire (...) infine (...) potrebbe rendere più accettabile anche alle Corti costituzionali di quegli Stati membri che avevano manifestato segni di preoccupazione in questo settore, principi quali la primazia del diritto comunitario e la capacità della Corte di giustizia di assicurare una tutela esaustiva dei diritti fondamentali».

ancora, né tecnicamente, né giuridicamente o politicamente, farlo), contiene sicuramente quanto basta perché ai singoli Paesi (compresi quelli che si apprestano ad aderire all'Unione) siano forniti dei *paletti normativi* ben precisi, oltre i quali la loro discrezionalità legislativa deve fermarsi e all'interno dei quali il loro impegno politico-giuridico deve essere viceversa massimizzato⁵⁹.

Naturalmente tutto ciò ha comportato per l'organo redigente la necessità di scendere spesso a continui compromessi linguistici e lessicali ("al ribasso") o di ricorrere sovente a formule troppo ampie e generiche, ma non può negarsi che già solo il raggiungimento di risultati considerati unanimemente soddisfacenti, è un importante traguardo nella logica di una "funzionalistica" realizzazione dell'integrazione costituzionale europea⁶⁰.

Tutte queste argomentazioni sono sufficienti a dimostrare che la Carta di Nizza non è assolutamente un documento semplicemente *ricognitivo*, come una parte della dottrina ha voluto sostenere⁶¹.

È d'altra parte innegabile che le molte diffidenze verso la Carta, spintesi fino a metterne in discussione l'utilità stessa, sono probabilmente legate ad una non corretta interpretazione della sua portata⁶². Vi è ad esempio chi,

⁵⁹ S. GRECO, *I diritti fondamentali*, cit. supra, nota 58, p. 213, nell'enumerare i vantaggi che la redazione di un testo dei diritti fondamentali ha per un'organizzazione sovranazionale come quella dell'Unione europea, indica proprio *in primis* la «certezza giuridica dell'azione delle istituzioni europee e degli Stati membri allorché diano esecuzione ad atti dell'Unione, i quali avrebbero un riferimento visibile e maggiormente definito potendo fare affidamento su di un catalogo sistematico e completo dei diritti fondamentali».

⁶⁰ A. BARBERA, *Intervento*, in *Le libertà e i diritti*, cit. supra, nota 17, p. 122, osserva proprio che: «Il carattere talvolta generico della Carta dei diritti, che secondo alcuni commentatori costituisce un punto di debolezza, può essere il suo punto di forza: proprio in ragione del fatto che la Carta è stata concepita come documento di trascrizione e di consolidamento dei diritti fondamentali già presenti nell'ordinamento comunitario, essa può favorire quel processo osmotico fra i due livelli ordinamentali, europeo e nazionale, quel "dialogo fra le Corti", quella intermediazione fra i vari attori costituzionali, quella "sussidiarietà reciproca bidirezionale", che è stata finora l'arma vincente nello sviluppo dell'ordinamento comunitario e che potrebbe portare alla costruzione di una "Costituzione a doppio livello"».

⁶¹ Cfr. ad esempio A. PIZZORUSSO, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit. supra, nota 45, p. 68, per il quale la Carta non è dotata di «particolare carattere di novità, realizzando soltanto una compilazione di principi e regole già presenti nel diritto comunitario o nelle convenzioni del Consiglio d'Europa o in altri testi di analoghe caratteristiche». Per controbattere potrebbero bastare le parole di M. P. CHITI, *La Carta europea*, cit. supra, nota 46, p. 17, ad avviso del quale «la Convenzione ha esteso l'ambito dei diritti riconosciuti rispetto ai risultati in precedenza raggiunti; in tal modo andando oltre all'*acquis* comunitario e così rappresentando una vera innovazione sul tema, più che un "testo di ricognizione"». A sostenere che «non si tratta di una semplice riscrittura di diritti preesistenti» è anche A. SPADARO, *Verso la costituzione europea*, cit. supra, nota 4, p. 132 ss., «sarebbe stato assurdo – prosegue lo studioso – che l'Unione avesse dedicato impegni, energie (e credibilità) volte ad elaborare una Carta che si limitava soltanto a "ribadire" quanto era già perfettamente garantito dalla preesistente CEDU e dalle vecchie norme dei Trattati interpretate dalla giurisprudenza comunitaria. Essa invece (...) ambiva a: 1. innovare la materia, garantendo ove possibile "una protezione più estesa"; 2. favorire un decisivo, ulteriore passo costituente europeo (...); 3. offrire un chiaro quadro di riferimento in tema di libertà irrinunciabili per alcuni Stati candidati all'adesione all'UE/CE, le cui instabili istituzioni liberaldemocratiche non sono di antica tradizione».

⁶² Per queste ragioni qualcuno ha suggerito di accostarsi alla Carta di Nizza «anzitutto sfuggendo all'estremismo, e dunque senza enfasi e senza pregiudizio». Così S. RODÒTA, *Riscrivere i diritti*, cit. supra, nota 45, *passim*.

leggendo l'evento con eccessiva sufficienza, lo ha considerato uno sforzo identico a quello compiuto già altre volte in passato, allorché si è tentato di creare un catalogo dei diritti fondamentali da inserire nel sistema comunitario⁶³; e chi viceversa ha ecceduto in senso opposto, considerando la Carta di Nizza come un vero e proprio «atto di natura costituzionale»⁶⁴.

Considerare la Carta di Nizza come un atto di per sé costituzionale equivale ad incorrere nello stesso errore in cui sono caduti coloro i quali hanno considerato i Trattati come fonti costituzionali. Trattato CE (assieme a tutti gli altri accordi di pari valore) e Carta di Nizza sono piuttosto da interpretarsi come due parti normative complementari che, fuse in un unico *corpus* e con le dovute modifiche e integrazioni, possono dar vita ad una *Fundamental Law* europea, ossia ad un sistema effettivamente costituzionale (non a caso la Carta Costituzionale europea, approvata il 18 giugno scorso, se verrà ratificata, sarà verosimilmente il primo, vero atto apicale europeo, a non affiancarsi a tutti gli altri, integrandone o modificandone solo in parte i contenuti, come è avvenuto ad esempio col Trattato sull'Unione europea, ma a "fagocitarli" creando un'unica opera normativa realmente costitutiva di un ordinamento giuridico sovranazionale)⁶⁵.

⁶³ Qualcuno ha ad esempio tentato di equiparare (sia pur solo per gli aspetti procedurali) la Carta di Nizza alla *Dichiarazione comune* adottata dalle tre più importanti istituzioni comunitarie il 5 aprile 1977, ma in realtà quest'ultima è una dichiarazione di principi sulla tutela dei diritti che non contiene un esaustivo catalogo di diritti fondamentali. Del resto nasce in un periodo in cui ancora il riconoscimento delle prerogative sovrane della persona era stato effettuato solo in via pretoria e in maniera lacunosa. Più apprezzabile potrebbe essere semmai il parallelo con la Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali del 12 aprile 1989, contenente ventotto articoli (alcuni dei quali molto simili a quelli inseriti nella Carta di Nizza). Cfr. *Guce* n. C 102 del 16 maggio 1989, p. 51. Ma invero anche rispetto a tale documento la Carta è molto più aggiornata e moderna, oltre ad avere un peso ed un valore assolutamente differenti.

⁶⁴ Così M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti*, cit. *supra*, nota 46, p. 3. Egli per suffragare questa sua tesi riprende le conclusioni del Consiglio europeo di Nizza (in cui si dice che «la Carta riunisce in un unico testo i diritti civili, politici, sociali e societari finora enunciati in fonti diverse, internazionali, europee e nazionali»), ma non si vede perché da quest'ultima considerazione debba discendere il riconoscimento della natura costituzionale di un determinato documento giuridico) e trova un'ulteriore giustificazione nella circostanza che tale atto «è destinato (...) a costituire una delle parti cruciali della "costituzione europea"». Anche questo secondo inciso non giova a provare molto: non pare si possa considerare come costituzione una parte rilevante di essa. Una volta scardinata questa discutibile premessa anche tutte le conseguenti perplessità, come quelle sui rischi che la Carta possa «attenuare il dato più interessante dello "spazio giuridico europeo" quale unione di diritti e di costituzioni» o possa mal combinarsi «con le Costituzioni degli Stati membri, con rischio di una loro delegittimazione» sono superate. Anche perché non va dimenticato che le clausole di cui agli artt. 51 e 53 dovrebbero valere a proteggere gli Stati da eventuali straripamenti di competenze delle autorità sovranazionali.

⁶⁵ E centrale continuerà ad essere il ruolo della Corte di giustizia deputata a garantire l'osservanza del diritto comunitario (come lo è stato nel nostro Paese il compito della Corte costituzionale all'indomani dall'emanazione della Costituzione italiana). Della stessa opinione è M. P. CHITI, *La Carta europea*, cit. *supra*, nota 46, p. 26, allorché asserisce che: «pur riconoscendo che è finito il periodo d'oro dello sviluppo dell'integrazione europea per "via giudiziaria", non appare per nulla esaurito il ruolo della Corte (...) quale soggetto propulsore del diritto comunitario».

Il riferimento alla Costituzione europea pone il fianco alla *vexata quaestio* sulla natura politico-giuridica della Carta di Nizza⁶⁶, per affrontare la quale occorre preliminarmente ricordare che, come sottolineato da una nota stessa del *Praesidium*, il mandato del Consiglio europeo di Colonia non aveva indicato la forma giuridica da attribuire al Progetto di Carta, in quanto di tale aspetto si sarebbe occupata una dichiarazione interistituzionale (la quale avrebbe risolto anche il problema concernente una eventuale inserzione del testo nel corpo dei Trattati⁶⁷). La *Convention* aveva quindi il compito (di natura propositiva, come si è osservato in dottrina) di elaborare un documento politico proprio del Consiglio europeo, che a sua volta lo avrebbe proposto alla Commissione ed al Parlamento europeo come testo base per la proclamazione solenne di una Carta dei diritti, condivisa dalle suddette istituzioni⁶⁸. Il

⁶⁶ S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, cit. supra, nota 45, p. 64 ss., è stato uno dei primi commentatori della Carta ad analizzare nel dettaglio il problema relativo al valore da attribuire alla Carta. Egli sostiene che all'opera della *Convention* può essere riconosciuta la natura di: 1. prodotto storico (poiché è nel contesto storico e politico in cui nasce che va letta e interpretata); 2. esperimento istituzionale (sia per la scelta di nominare una *Convention* per la redazione del testo, sia per il metodo di lavoro da questa utilizzato); 3. documento politico (e a Nizza ci si è limitati a riconoscerle solo questo valore, anche per la forte opposizione della Gran Bretagna ad inserirla nei Trattati); 4. manufatto tecnico (forgiato con cura, anche se solo in nove mesi, e facendo sempre ricorso al compromesso, eliminando tutti i possibili estremismi). Non parla di atto giuridico, ed in realtà tale valore, nel significato classico del termine, non si può, allo stato degli atti, riconoscere al documento. Cfr. altresì sull'argomento: G. ARRIGO, *La Carta di Nizza: natura, valore giuridico, efficacia*, in *Il diritto del lavoro*, 2001, fasc. 6, pt. 1, p. 607-615; G. CANNELLA - G. BRONZINI, *Europa: una conferma dell'efficacia della Carta dei diritti fondamentali (Nota a CGCE 9 febbraio 2001 (causa C-173/99))*, in *Questione giustizia*, 2001, fasc. 4, p. 798 ss.; U. DE SIERVO, *Forum: la Carta europea dei diritti. I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, Relazione al convegno organizzato dal Goethe Institut di Torino sul tema: «Un percorso costituente per l'Europa? La Carta dei diritti fondamentali dell'UE», Torino, 1-2 dicembre 2000, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 153-160; M. V. FERRONI - E. MARCHISIO, *La giurisprudenza sul valore normativo della Carta dei diritti*, *Quad. cost.*, 2002, fasc. 3, p. 672-676; M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1009 ss.; A. J. MENÉNDEZ, *Constituting Rights On Their Own Right. The Charter of Fundamental rights of the European Union (Costituzionalizzare i diritti sui loro diritti. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 397 ss.; M. MICHELETTI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interpretazione per principi generali e pluralismo giuridico (Nota a Trib. CE 30 gennaio 2002, causa T-54/99)*, in questa *Rivista*, 2003, p. 281 ss.; S. RODOTÀ, in *Riscrivere i diritti in Europa*, cit. supra, nota 45, p. 64; A. RUGGERI, *La Forza della Carta europea*, cit. supra, nota 45; T. SANTULLI, *Sulla vincolatività giuridica della Carta di Nizza (Nota a ord. Appello Roma sez. lav. 11 aprile 2002)*, in *Riv. giur. del lavoro e della previd. sociale*, 2003, fasc. 1, pt. 2, p. 175-178.

⁶⁷ Tutto questo è stato ribadito dal Presidente della Convenzione, Herzog, nel suo discorso inaugurale. Questi ha però sottolineato che «il testo che formuleremo non avrà sin dall'inizio la stessa dignità e lo stesso carattere vincolante del diritto europeo e comunitario, tuttavia, l'obiettivo che dovremmo sempre tenere a mente è che quella Carta un giorno, in un futuro non troppo lontano, acquisti obbligatorietà giuridica».

⁶⁸ Il Consiglio europeo, si legge nelle conclusioni di Colonia, «proporrà al Parlamento europeo e alla Commissione di proclamare solennemente, insieme col Consiglio una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sulla base di detto progetto successivamente esaminerà se e in che modo la Carta potrebbe essere integrata nei Trattati». Ciò avrebbe potuto acquistare quanti vedendo nella *Convention* quasi un'assemblea costituente ne sottolineavano il *decifit democratico*, invero (stando almeno alle parole contenute nel mandato) tale organo redigente aveva solo un compito di proposta normativa, tutta da valutare ed eventualmente modificare. Come è noto i fatti non sono andati così, ed il testo è stato proclamato solennemente dalle tre istituzioni senza che

veto posto da alcuni Stati (soprattutto Gran Bretagna, Svezia e Danimarca), ad un riconoscimento di un'immediata efficacia giuridica del "manufatto" di Nizza, non è stato però un *punto di debolezza*, come molti redattori e studiosi hanno creduto, ma la carta vincente di quel documento⁶⁹.

Vi è chi in dottrina ha evidenziato che la previsione di un rinvio ad altro vertice per «la decisione sul valore giuridico della Carta (...) non impedisce che essa possa avere già rilievo nell'azione delle istituzioni e degli organi comunitari, tanto quale fattore di interpretazione degli atti dell'Unione e della Comunità, quanto per uno specifico impegno al suo rispetto da parte di organismi comunitari»⁷⁰. Altri ha visto infatti «un indiscutibile valore vincolante» della Carta proprio per il semplice fatto che i presidenti delle tre istituzioni comunitarie ne hanno assicurato l'osservanza nello svolgimento delle proprie attività⁷¹ (e ancora una volta forse sarebbe possibile scomodare la "teoria dei poteri impliciti" per comprendere la vera portata che ha un simile solenne impegno).

Non è di secondaria importanza rilevare che, non a caso forse, (oltre alle innumerevoli decisioni giurisprudenziali sovranazionali e nazionali) anche qualche recente atto di diritto comunitario derivato (quindi espressione del potere legislativo comunitario) ha richiamato le disposizioni contenute nella Carta di Nizza, quasi come se si trattasse di dover dare attuazione ad un

subisse modifiche. Sicuramente non erra chi osserva che «il metodo della Convenzione offre l'indiscutibile vantaggio di un dibattito costituzionale senza votazione e parimenti quello della "concentrazione del consenso" nel presidente nel corso del procedimento consiliare». Così A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 43.

⁶⁹ Cfr. A. WEBER, *Il futuro della Carta*, loc. cit., p. 42 ss. Questi osserva che «la forma della promulgazione nella veste di solenne dichiarazione senza vincolatività giuridica – in ogni caso senza accoglimento nei trattati o riferimento nell'art. 6, par. 2, Trattato UE – corrisponde al metodo pragmatico della codificazione "come se", che offre senz'altro vantaggi per quanto riguarda l'inserimento di diritti nuovi, soprattutto di natura sociale, dal momento che un consenso non sarebbe stato raggiunto altrimenti».

⁷⁰ Così M. P. CHITI, *La Carta europea*, cit. supra, nota 45, p. 24. «È significativo – prosegue l'autore – che il Parlamento e la Commissione abbiano già espresso l'avviso di considerarsi vincolati al rispetto dei diritti enunciati nella Carta; come pure che il Mediatore europeo abbia deciso di utilizzare la Carta come parametro di riferimento per le proprie indagini sui casi di cattiva amministrazione comunitaria».

⁷¹ Così S. RODOTÀ, *Tra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile*, in AA. VV., *Una Costituzione senza Stato*, a cura di G. BONACCHI, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 455. Ma dello stesso avviso è F. POCAR, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, cit. supra, nota 45, p. 86, «(...) l'obbligatorietà della Carta si ricava anche dal contenuto dei diritti previsti. Questi possono infatti dividersi essenzialmente in tre gruppi: diritti già regolati da norme del Trattato, che vengono semplicemente riaffermati; diritti già contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; e infine diritti non previsti dai trattati e dalla Convenzione europea», il problema dell'efficacia della Carta si porrebbe solo per questi ultimi, «ma, – prosegue lo studioso – rispetto alle istituzioni comunitarie, sembra difficile pensare che esse non siano vincolate da un atto al quale hanno conferito la qualificazione di "proclamazione solenne"; quanto agli Stati membri, l'art. 51, limitando l'applicazione della Carta all'attuazione del diritto dell'Unione, comporta che ogni inosservanza della Carta da parte loro si risolva in una violazione del diritto dell'Unione».

complesso di regole aventi non solo pieno valore giuridico, ma finanche portata identica a quella dei Trattati, in esecuzione dei quali le istituzioni emanano generalmente atti normativi⁷².

Per alcuni il valore giuridico vincolante o comunque persuasivo-monitorio del "manufatto" comunitario deriverebbe dallo stesso metodo di redazione, del c.d. *drafting normativo*⁷³: «piccole scosse, quasi impercettibili al sismografo del giurista, e del tutto nascoste all'opinione pubblica, che potrebbero però gradualmente spianare gli ostacoli ai competenti organi politici, che tra qualche anno dovranno tornare sulla questione dell'efficacia giuridica della Carta»⁷⁴.

Il sicuro rilievo che tale documento ha avuto nella quotidianità, ne dimostra il valore meta-politico, e giuridico vero e proprio, oramai quasi indiscutibile⁷⁵.

A fronte, quindi, di una serie di rinvii anche giurisprudenziali oggi pare non ci siano più dubbi sul fatto che la Carta ha una sua rilevanza normativa che non è solo *dichiarativa*⁷⁶: «sarebbe in atto un singolare processo di giuri-

⁷² Basti pensare alla direttiva n. 2002/58/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, in cui il secondo, dei quarantanove, *considerando* (da qui la centralità del rinvio) afferma che «la presente direttiva mira a rispettare i diritti fondamentali e si attiene a principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, la presente direttiva mira a garantire il pieno rispetto dei diritti di cui agli artt. 7 e 8 di tale Carta». La direttiva specifica cioè la propria funzione di garanzia del rispetto di un documento, che *rebus sic stantibus*, non può considerarsi solo politico.

⁷³ Cfr. U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione*, cit. *supra*, nota 45, *passim*.

⁷⁴ R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO, *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti*, cit. *supra*, nota 21, p. 24.

⁷⁵ Cfr., per esempio, non solo le autorevoli conclusioni degli Avvocati Generali: *Francis G. Jacobs* (causa n. C-377/98), *Geelhoed* (causa n. C-413/99), *Siegbert Alber* (causa n. C-340/99), *Antonio Tizzano* (causa n. C-173/99), *Jaen Mischo* (causa n. C-122/99 P e causa n. C-125/99 P), *P. Léger* (causa n. C-353/99 P e causa n. C-309/99), *Cristine Stix-Hackl* (causa n. C-49/00, causa n. C-131/00 e causa n. C-224/00), ma anche le seguenti sentenze: 20 febbraio 2001 in causa n. T-112/98, *Mannsmannröhren-Werke AG*; 30 gennaio 2002 in causa n. T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commissione delle Comunità europee*; 3 maggio 2002 in causa n. T-177/01, *Jego Quéré*. Come si è rilevato in dottrina, «il fatto che spesso gli Avvocati Generali abbiano richiamato la Carta *ad adiuvandum* rispetto a pre-esistenti diritti di derivazione giurisprudenziale o internazionalistica (per esempio: CEDU), ha portato per lo più la dottrina ad attribuire timidamente portata meramente "ricognitiva" o "interpretativa" alla Carta stessa, ammettendo al massimo un approccio "incrementale" per l'elaborazione di nuovi diritti». Le parole sono di A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea*, cit. *supra*, nota 4, p. 143, il quale richiama l'opera di M. V. FERRONI - E. MARCHISIO, *La giurisprudenza sul valore normativo della Carta dei diritti*, in *Quad. cost.*, 3/2002, p. 672 ss. Del resto lo stesso A. PIZZORUSSO, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit. *supra*, nota 45, p. 105, ha visto nel carattere meramente ricognitivo la potenza giuridica della Carta, la quale possiede «sin d'ora la sua forza giuridica soprattutto nella sua capacità di interpretare sistematicamente un complesso di principi già desumibili dal diritto costituzionale degli Stati membri dell'Unione». Considerando tutto ciò sembra veramente azzardato negare la pregnante "forza giuridica" della Carta, che, come ha osservato altrove A. SPADARO, *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è ma (per molti) non si vede*, in G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali*, cit. *supra*, nota 45, p. 257 ss., sarebbe innegabile, concependo proprio «l'effettività come criterio ultimo di giuridicità» di una Carta, come quella di Nizza, la quale, al pari di ogni testo costituzionale in senso stretto, trova in se stessa la fonte della sua legittimità giuridica.

⁷⁶ G. SILVESTRI, *Intervento in Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. *supra*, nota 17, p. 135, asserisce che «si può parlare di mera efficacia dichiarativa di una norma che rende maggiormente visibili e "riafferma" diritti fondamentali solo pensando ad una clausola contrattuale

dicizzazione legato prevalentemente alla giurisprudenza creativa della Corte di giustizia quale *viva vox iuris*, tendente a conferire alla Carta la forza di "diritto vivente" includendola nel proprio orizzonte ermeneutico»⁷⁷.

Poco importa se tale rilevanza si ripercuote direttamente sul diritto interno (imponendo la disapplicazione di quest'ultimo, qualora sia contrastante con le disposizioni contenute nel testo di Nizza), o solo indirettamente, consigliando un'interpretazione delle norme nazionali *conforme* al diritto comunitario (di cui la Carta è sicuramente oggi *fonte integrante*, se non altro perché atto ricognitivo e rielaborativo di tutti i diritti dell'uomo elaborati in via pretoria)⁷⁸.

precisa o ad una norma di dettaglio determinata, non ad un insieme complesso di principi, regole, massime giurisprudenziali, concezioni politiche e sociali e potenzialità semantiche evocate dalle concise proposizioni linguistiche adoperate dalle carte dei diritti». Sulla stessa scia è A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea*, cit. supra, nota 4, p. 148, il quale scrive: «in conclusione, senza necessariamente ricorrere alla dottrina del *diritto giurisprudenziale (RichtRecht)* (...) ci sembra che nessuno possa negare il rilievo *giuridico* della semplice "giurisprudenza". E siccome i riverberi giurisprudenziali della Carta non sono in discussione – fino a qualche mese fa, sotto forma di meri effetti ricognitivi ed interpretativi e, oggi, sotto forma di pieni effetti giuridici *tout court* – allora bisogna prendere atto, non più di una sua "strana" e del tutto peculiare rilevanza giuridica, ma ormai di una sua "ordinaria" e piena *giustiziabilità* e, quindi, *giuridicità*». Di opposto avviso è invece G. FERRARA, in *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. supra, nota 17, p. 144 ss.: «non riesco a comprendere le ragioni per le quali, da giuristi, si debba credere che abbia valore giuridico, che sia munito di efficacia giuridicamente cogente, un atto che coloro stessi che lo hanno prefigurato, lo hanno voluto e lo hanno poi sottoscritto, definiscono privo di uno *status* giuridico che, peraltro, si impegnano ad attribuirgli, ma (...) nel 2004! Il che significa e non può significare altro che: ora, per ora e fino a quella data, questo documento uno *status* non lo ha. Non avendo nessuno *status* giuridico, può mai questo documento essere gratificato della qualità e dell'efficacia di una Carta costituzionale di diritti? Mi sembra francamente impossibile». Ma chi ha mai parlato (se non qualche voce isolata) di valore costituzionale della Carta di Nizza? Pare chiaro a tutti che una simile portata le si potrà accordare solo quando sarà approvata la Costituzione europea, di cui il documento di Nizza sarà parte integrante.

⁷⁷ A scriverlo è G. CIANI, *Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 45, p. 20-21, il quale prosegue osservando che «a conferma di ciò basti pensare alla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 che, prima di essere inserita nel preambolo della Costituzione della Quinta Repubblica francese del 1958, veniva ricondotta nel *bloc de constitutionnalité* attraverso le interpretazioni del *Conseil constitutionnel*». Di opposto avviso è G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 11, p. 247, secondo il quale «la Carta non appare in grado, allo stato attuale, di vincolare l'attività di rilevazione e di applicazione dei diritti fondamentali svolta dalla Corte, che essa continuerà ad esercitare in piena autonomia ed in conformità ai principi e alle finalità dell'ordinamento comunitario, specie per quanto riguarda i "nuovi" diritti, dalla formulazione vaga e dal fondamento incerto».

⁷⁸ Sia consentito un ulteriore richiamo al lavoro di A. FERRARO, *Il ruolo della Corte di Giustizia*, cit. supra, nota 7, p. 1375 ss., in cui è stata sinteticamente affrontata la questione del ruolo che ha l'interpretazione conforme nel rapporto tra diritto comunitario e diritto interno. Cfr. altresì A. PACE, *Intervento* in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. supra, nota 17, p. 82, ad avviso del quale, «anche in assenza di una esplicita attribuzione di giuridicità», la semplice esistenza di una Carta come quella di Nizza (e di una disposizione come quella di cui all'art. 6 par. 1 TUE che impegna l'Unione al rispetto dei diritti fondamentali) determina in realtà un «*effetto sostanzialmente costituzionale*, vale a dire un effetto "conformativo" dei principi della Carta sull'azione delle strutture organizzative dei singoli Stati membri, nel senso cioè che l'opinione pubblica di tutti gli Stati membri ha ormai un inequivocabile strumento di pressione – appunto la Carta – perché il legislatore e la pubblica amministrazione nazionali si "conformino" a quei valori»; nonché M. PANEBIANCO, *La Carta europea dei diritti nel soft law costituzionale*, in questa *Rivista*, 2001, p. 663 ss.

Certo è che anche le Corti costituzionali degli Stati membri non sono rimaste indifferenti rispetto alla solenne proclamazione della Carta europea dei diritti fondamentali⁷⁹.

Per concludere, quindi, tentando di individuare la reale natura da attribuire alla Carta di Nizza, può affermarsi che forse non sarebbe inesatto parlare (anche per questo documento sovranazionale), di un *novum genus* di fonte normativa comunitaria, ossia di «un atto atipico, che partecipa delle caratteristiche di atti diversi», accostabile in grande misura, secondo qualcuno, «ad una decisione, non diversa da quelle previste dall'art. 249 CE»⁸⁰, o meglio ancora allo *jus non scriptum*, esattamente come i principi generali, di cui la Corte di giustizia si è, sin dai primi anni della propria attività pretoria, auto-definita "guardiana"⁸¹. Così come potrebbe d'altro canto accordarsi alla Carta,

⁷⁹ Si pensi anche solo al richiamo contenuto nella recente sentenza della Corte costituzionale italiana, 24 aprile 2002, n. 135. Con riferimento a questa cfr. il lavoro, di più ampio respiro di A. CELOTTO, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il "Trattato costituzionale" europeo*, in Atti del convegno «Diritti fondamentali e formazione del diritto privato europeo», tenutosi a Roma il 28 giugno 2002, reperibili su www.associazionedeicostituzionalisti.it. Lo studioso afferma, a ragione, che «se la Carta di Nizza non avesse nessun valore non ci sarebbe alcun motivo per cui la Corte costituzionale vi facesse cenno. Invece, il nostro giudice costituzionale, per quanto tradizionalmente assai prudente alle aperture verso il diritto comunitario, pur potendo decidere la causa a prescindere da ogni riferimento sovranazionale, coglie volutamente l'occasione per fare riferimento alla Carta, precisando - ovviamente - che essa è "priva di efficacia giuridica", ma aggiungendo - significativamente - che viene richiamata "per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei". In altri termini possiamo dire che la Corte costituzionale assegna alla Carta una valenza di strumento interpretativo, in senso "debole". Specifico in senso debole poiché in altri ordinamenti europei la Carta acquista di diritto una valenza interpretativa in senso "forte". Intendo riferirmi all'ordinamento spagnolo, in quanto l'art. 10, 2° comma, di tale Costituzione prevede che "le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà riconosciute dalla Costituzione, si interpretano in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna". Si tratta di una "norma puente" - di una sorta di "trasformatore permanente automatico", volendo rifarci ad istituti noti all'ordinamento italiano (art. 10, 1° comma, Cost.) - che introduce come automatico criterio ermeneutico delle norme sui diritti fondamentali i testi internazionali relativi ai diritti umani e le pronunce giurisprudenziali degli organi che li applicano. In tal modo il Tribunal constitucional spagnolo *in primis*, ma anche il legislatore e tutti gli operatori del diritto iberico, devono tener conto delle convenzioni internazionali sui diritti quale vincolo interpretativo dei diritti fondamentali».

⁸⁰ Così F. POCAR (a cura di), in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 1181.

⁸¹ Cfr. A. BARBERA, *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. supra, nota 17, p. 121, secondo il quale «in un ordinamento dinamico, che ha conosciuto ardite innovazioni e in cui stanno crescendo le domande di regolazione, sta forse scaturendo una nuova fonte, spinta in avanti dall'iniziativa pretoria della Corte e dalle "dichiarazioni comuni" degli organi istituzionali dell'Unione (e sappiamo il valore di fonte normativa delle dichiarazioni comuni nel diritto internazionale). La Carta, in quanto contiene principi generali e diritti fondamentali, può collocarsi - almeno come "fonte atipica" - fra le fonti in modo non dissimile rispetto ad altre fonti comunitarie primarie, fra cui le "le tradizioni comuni", i "principi generali di struttura dei Trattati", il diritto consuetudinario? La domanda non merita risposte semplicistiche ma non può nemmeno essere elusa». A. WEBER, *Il futuro della Carta*, *Intervento*, cit. supra, nota 68, p. 42, è di identico avviso, affermando che «il rimando alla Carta potrebbe servire da ulteriore prova per le tradizioni giuridiche e i valori comuni degli stati membri e di conseguenza potrebbe ampliare la consistenza dei "principi generali del diritto", ma potrebbe anche eventualmente limitarli». La stessa Commissione europea nella sua *Comunicazione sulla natura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* dell'11 ottobre 2000 (COM 2000, 664 definitivo) ha precisato che è «probabile che la Corte di giustizia si ispirerà (...) alla Carta, come già fa con gli altri testi relativi ai diritti fonda-

se non altro, un'importante funzione di "parametro assiologico"⁸², e di strumento di controllo (in ossequio al fondamentale principio di leale cooperazione) non solo per le istituzioni comunitarie (in particolare per l'organo giurisdizionale) nello svolgimento delle loro attività istituzionali⁸³, ma anche per gli Stati membri, nell'esercizio delle proprie scelte politiche⁸⁴.

mentali. Verosimilmente la Carta diventerà in ogni caso un testo vincolante attraverso l'interpretazione che la Corte darà ai principi generali del diritto comunitario ivi formulati».

⁸² A. WEBER, *Il futuro della Carta, Intervento, cit. supra*, nota 68, p. 42, osserva proprio che «la Carta servirà da "fonte di ispirazione" per futuri casi in materia di diritti fondamentali, come già frequentemente pratica la Corte di giustizia finora con riferimento a convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo».

⁸³ Cfr. A. LOIODICE, *La Carta di Nizza quale parametro assiologico*, in G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, cit. supra, nota 45, passim. Del resto, se la Carta non avesse una simile portata «perché mai alcune tra le migliori "teste d'uovo" giuridiche d'Europa avrebbero profuso ogni sorta di energie (con innumerevoli dibattiti, commenti, riflessioni (...)) sul tema? Perché – a prescindere dagli altri studiosi – proprio i giuristi, e segnatamente i costituzionalisti, dovrebbero perdere tempo con documenti non giuridici, di rilievo meramente politico, o, che so, soltanto filosofico-teologico?»: così A. SPADARO, *Verso la costituzione europea*, cit. supra, nota 4, p. 136 ss., secondo il quale, del resto, «sostenere che la Carta non abbia valore giuridico semplicemente perché non è stata inserita nei Trattati è affermazione apodittica e presuntuosa. Innanzitutto sarebbe stato parimenti presuntuoso parlare di sicura giuridicità ove tale inserzione fosse avvenuta. Infatti, la giuridicità di qualunque proposizione linguistica prescrittiva dipende essenzialmente dalla sua effettività (...) e la giuridicità dell'atto in esame discende (...) anche da altri fattori, e segnatamente: a. la natura non patologica, bensì fisiologica (rispetto all'ordinamento comunitario e costituzionale), dei casi di concreta applicazione della Carta; b. la *presumptio iuris* che la Carta sia giuridica, presunzione fondata su c. una varia, comunitaria e nazionale, applicazione giudiziale della Carta stessa (...). Insomma la Carta – come tutti gli atti pre-costituenti e costituenti (e come lo stesso primo atto costituito: la Costituzione) – non può trarre la sua legittimità giuridica da un trattato internazionale. Essa, proprio per questa sua natura (...) criptocostituzionale, si legittima giuridicamente da sé (...) si può forse parlare di una giuridicità progressiva, che cresce nel corso del tempo. Il fenomeno non è nuovo ed appare tipicamente costituzionale: si pensi agli albori della Costituzione repubblicana, nel 1948, quando ad alcune disposizioni della Carta si dava un valore solo "parzialmente" giuridico, secondo la nota teoria delle c.d. norme programmatiche».

⁸⁴ S. GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, cit. supra, nota 57, p. 204 ss., osserva che «i diritti fondamentali, al cui rispetto si impegna l'Unione, sono parametro della validità degli atti delle istituzioni comunitarie e rappresentano un limite che esse devono osservare nel processo di formazione delle norme la cui violazione incide sulla validità dell'atto formato. Le controparti delle situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento comunitario riconosce e protegge sono, in primo luogo, le istituzioni della Comunità nell'esercizio del potere normativo. Accanto ad esse ed in virtù della preminenza del diritto comunitario è possibile individuare una seconda categoria di destinatari per così dire "indiretti" rappresentata dagli Stati membri (e quindi dagli organi nazionali) allorquando agiscano in campi di interesse comunitario». Come ha avuto modo di osservare S. RODOTÀ, *Intervento in Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. supra, nota 17, p. 180 «anche se si afferma (...) solo un valore "politico", non è cosa di poco conto il poter estendere quel test di coerenza, formalmente previsto dalla Commissione europea, alle decisioni prese dal Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali. In questi casi, ovviamente, si tratterà piuttosto di un test di coerenza politica: ma così sarà possibile misurare la non contraddittorietà dei comportamenti di organi che avevano dato la loro approvazione alla Carta, permettendo una censura politica delle maggioranze che si discosteranno da quel che già avevano accettato». Cfr. M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta*, cit. supra, nota 66, p. 1022 ss. L'autrice ivi osserva che «la Carta può essere considerata un atto volto ad integrare, ai fini della sua interpretazione e applicazione, l'art. 6 TUE. Ciò sembra ammissibile sia se si propendesse per escludere una vincolatività diretta della Carta, sia, invece, se si ritenesse di ammetterla. Nel primo caso, infatti, essa potrebbe essere considerata un elemento della fattispecie dell'art. 6 ed esplicitare per il tramite dell'art. 6 i propri effetti anche su di un piano giuridico, sebbene solo in via indiretta. Nel secondo, il valore giuridico della Carta si fonderebbe, da un lato, sulla intenzione manifestata dalle istituzioni di vincolarsi al suo rispetto, espressa con la proclamazione solenne, e dall'altro, sul fatto di essere giuridicamente fondata sull'art. 6 TUE».

Si può dunque concludere con le felici osservazioni di chi, pur parlando di un «quadro complessivo ambiguo», asserisce che «alla luce delle particolari caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione europea, le prospettive che la Carta sia osservata non sono strettamente legate al suo carattere vincolante. Ci sono molti esempi che possono essere ricordati di accordi politici che sono stati rispettati nel sistema comunitario come se fossero atti vincolanti»⁸⁵.

3.1 *Segue: I diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza*

Svolgere in questo lavoro un commento di tutti gli articoli della Carta di Nizza sarebbe uno sforzo improponibile e poco proficuo⁸⁶. Merita conto però (dopo aver effettuato un generico riferimento al preambolo, che fornisce un primo quadro generale del contenuto del documento) analizzare rapidamente la struttura utilizzata dalla *Convention* nell'elaborazione dei diritti.

La novità più rilevante contenuta nel Preambolo è stata dettagliatamente commentata da un membro del comitato dei redattori della Carta stessa, il quale afferma che in esso è rintracciabile «un innovativo riferimento ad un futuro di pace, che richiama il rispetto del valore della pace che è già contenuto nelle premesse dei Trattati. Non era ottenibile, e non vi è in nessuna Costituzione europea, l'iscrizione di un diritto soggettivo azionabile a impedire l'uso della forza, così come (...) uno specifico diritto alla pace dei cittadini europei, come frutto della costruzione di istituzioni comuni a nazioni che si erano combattute per secoli»⁸⁷. Ma anche rispetto al Preambolo sono state sollevate molte questioni in sede di elaborazione, nonché di revisione, del Progetto di Costituzione europea⁸⁸.

⁸⁵ Così M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta*, cit. supra, nota 66, p. 1009 ss. L'opinione della studiosa rispecchia del resto quella di A. CELOTTO, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, cit. supra, nota 79, passim, ad avviso del quale «la applicazione sempre più stabile da parte degli organi e dei giudici comunitari comporta la stabilizzazione della Carta dei diritti, quale fonte di origine giurisprudenziale come tale applicabile normativamente anche negli Stati membri, anche in forza dell'orientamento della nostra Corte costituzionale (...) la sempre più stabile applicazione giurisprudenziale della Carta comporta – paradossalmente – la sua ricomprensione nel novero del diritto comunitario direttamente applicabile e quindi la sua efficacia in Italia, con prevalenza sulle norme interne, al pari di regolamenti, direttive dettagliate ed atti normativi comunitari assimilati».

⁸⁶ Si rinvia piuttosto alle preziose opere di R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 21; M. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. supra, nota 44; L. FERRARI BRAVO - F. M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. supra, nota 45.

⁸⁷ E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, cit. supra, nota 53, p. 19. Sarebbe stato, peraltro, necessario, secondo l'opinione dei più, includere nel Preambolo anche l'affermazione del principio secondo cui l'Unione ripudia la guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali, così come recita l'art. 11 della Costituzione italiana.

⁸⁸ Cfr. anzitutto la *Relazione finale* (CONV 354/02) presentata il 28 e 29 ottobre 2002 dal Gruppo II della Convenzione per la redazione del Progetto di Costituzione europea, incaricato di occuparsi di due questioni fondamentali relative all'inserimento della Carta di Nizza nel testo

La Carta, nel suo corpo normativo vero e proprio, si compone invece di sette capi (i quali diventeranno probabilmente sette titoli dopo le modifiche tecniche che la Costituzione europea apporterà al testo originale di tale *Bill of rights*), al cui interno vengono raccolti una serie di diritti e libertà già proclamati, per la maggior parte, in altri importanti testi convenzionali internazionali, ma qui raggruppati, in modo del tutto singolare, attorno ad una serie di principi o valori fondamentali⁸⁹, e tutti riconducibili ad unità grazie al basilare principio della indivisibilità⁹⁰.

È proprio tale principio la vera novità su cui molti studiosi hanno concentrato la loro attenzione: ogni diritto va letto e interpretato alla luce di tutti gli altri, «ed è così che acquisisce fino in fondo il suo significato. La libertà non può stare senza l'uguaglianza, la solidarietà limita la libertà (...)»⁹¹.

costituzionale, ossia di quelle relative alla "integrazione della Carta" e alla "adesione dell'UE alla CEDU". Vedi anche A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 269. Questi afferma che alla fine «è stato mantenuto (ed inserito anzi nel bel mezzo della "Costituzione") lo specifico preambolo della Carta, aggiungendo per giunta ad esso la singolare – ed a mio avviso gravemente discorsiva – enunciazione dell'obbligo per i giudici dell'Unione e degli Stati membri di interpretare il testo "alla luce delle spiegazioni elaborate sotto l'autorità del Presidium della Convenzione che ha redatto la Carta" e che aveva pubblicato tali "spiegazioni" avvertendo tuttavia esplicitamente che "esse non hanno valore giuridico e sono semplicemente destinate a chiarire le disposizioni della Carta", il che, evidentemente, se il progetto è approvato, non sarà più vero».

⁸⁹ Cfr. A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, cit. supra, nota 45, p. 40 ss. L'autore sostiene che «con questa sua struttura per principi, la Carta, anche in mancanza di una clausola di revisione esplicita, sarà concettualmente una Carta "aperta" alle future necessità di articolazione e di specificazione dei principi così incardinati nel suo tessuto normativo». Non tutti hanno salutato con lo stesso entusiasmo la scelta della formulazione secondo "la tecnica dei principi", in quanto questa «amplia i poteri interpretativi del giudice, e soprattutto della Corte di giustizia, in favore della diffusione dei "valori" sottesi a tali proclamazioni, ma lo fa con potenziale pregiudizio per la certezza dei contrapposti interessi individuali e generali oltre che dello stesso diritto in questione» (così A. PACE, *La dichiarazione di Laeken*, cit. supra, nota 2, p. 642).

⁹⁰ Cfr. C. PINELLI, *La Carta europea dei diritti e il processo di "costituzionalizzazione" del diritto europeo*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, cit. supra, nota 45, p. 72 ss. Questi rileva con acume che «il principio di indivisibilità (...) già enunciato dalla Dichiarazione di Vienna sui diritti dell'uomo del 1993, quasi a suggellare la fine di quel conflitto fra concezioni dei diritti che aveva paralizzato lo sviluppo della comunità internazionale fino al termine della guerra fredda e della contrapposizione anche ideologica fra blocco occidentale e blocco comunista (...) sancito all'esordio del Preambolo (...) introduce alla ricomposizione della trama dei valori dell'Unione e dei diritti dei cittadini europei. Qualificando come indivisibili non direttamente i diritti, ma i valori di cui i diritti sono la traduzione giuridica, la Carta neutralizza gerarchizzazioni sempre possibili fra valori. Rispetta le specificità strutturali dei singoli diritti, comprese le diverse composizioni fra i momenti della garanzia e della prestazione, ma impedisce di approfittarne per distinguere fra loro classi di diritti su un piano ontologico, e così screditare il valore di qualcuna».

⁹¹ E. PACIOTTI, *Libertà – solidarietà*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali*, cit. supra, nota 45, p. 98-99. Cfr. altresì G. CIANI, *Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 45, p. 24 ss., il quale scrive che «in virtù del principio di indivisibilità, i diritti sociali vengono considerati "fondamentali" alla stregua dei diritti di libertà, senza addivenire, però, a una mera giustapposizione dei diritti civili e di quelli sociali. Tale innovazione vale non solo a distinguere la Carta da tutte le altre dichiarazioni in cui si è perpetuata la suddetta dicotomia, ma soprattutto a indicare una chiara opzione politica dell'Unione "verso un liberalismo socialmente evoluto". Emerge, in altri termini, una tendenza a mitigare gli eccessi del neoliberalismo economico attraverso un liberalismo riformista e progressista, che cerca di coniugare libertà e solidarietà, valorizzando la libertà stessa in termini solidaristici come "libertà dal bisogno"».

Il primo di questi valori-principi (nonché capi del documento) è quello della "dignità", che è ormai veramente comune, ancorché in alcune è espresso in altre è invece inespresso, a tutte le costituzioni degli Stati membri, ma è anche proprio della *Verfassung* comunitaria⁹².

Seguono, in particolare, «libertà» (capo II), «uguaglianza» (capo III) e «solidarietà» (capo IV), che sembrano riecheggiare gli antichi principi (*liberté, fraternité, égalité*), proclamati in un'altra occasione storica assai rilevante per l'intera Europa, ossia negli anni della rivoluzione francese. Il V e VI capo sono rivolti rispettivamente a disciplinare la «cittadinanza» e la «giustizia». Il VII capo, riguarda invece le tanto discusse "disposizioni generali", il cui compito è quello di "contestualizzare" la Carta all'interno del mondo giuridico europeo preesistente, coordinando le norme in essa contenute con quelle già operanti a livello comunitario e nazionale⁹³.

I diritti radunati dalla *Convention* in un unico testo possono ripartirsi fra quattro ampie categorie⁹⁴:

1. i diritti civili c.d. "classici", ossia i diritti dell'uomo già garantiti dalla CEDU;

2. i diritti politici, propri della cittadinanza europea instaurata dai Trattati riguardanti l'Unione europea (Maastricht, Amsterdam e Nizza);

3. i diritti economici e sociali, che riprendono quelli enunciati dalla Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori, adottata il 9 dicembre 1989 in occasione del vertice di Strasburgo, dai capi di Stato o di governo degli undici Stati membri, sotto forma di una dichiarazione.

4. i diritti di "nuova generazione" (non rileva se terza, quarta o quinta): quali i diritti ambientali, quelli del consumatore, ecc.

La Carta ha il merito di aver tentato di valorizzare al massimo non solo il summenzionato principio dell'*indivisibilità*, ma anche quello dell'*universalità*

⁹² Servirà ricordare che la stessa *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 afferma nel preambolo che «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo». G. CIANI, *Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 45, p. 38, dice che «si tratta di un super-principio da cui è possibile desumere i limiti di ogni diritto di libertà»; altri più critici, sostengono che la proclamazione dell'invulnerabilità della dignità umana è più che altro una bella formula, in cui «ciascuno vi potrà trovare la conferma della sua propria visione del mondo, da contrapporre a quelle degli altri» (così G. ZAGREBELSKY, *Intervento in Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. supra, nota 17, p. 67 ss). La novità della Carta di Nizza, rispetto al progetto di *Costituzione europea* del 1994, e in conformità invece alla *Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali* del 1989, è proprio l'aver previsto il diritto alla dignità umana nel primo articolo del documento, prima ancora, dunque, di quello alla vita (sancito dall'art. 2). Sia consentito un rinvio, sull'argomento, ad A. FERRARO, *I diritti fondamentali dell'uomo nell'ordinamento giuridico comunitario. Alla ricerca di una definizione*, in *Diritto e formazione*, n. 5/2004, p. 702 ss.

⁹³ Per un'analisi dettagliata delle disposizioni in commento cfr. R. A. GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 1 ss.

⁹⁴ Cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 11, p. 245 ss.

dei diritti fondamentali, conferendo i diritti in essa contemplati ad ogni individuo, a prescindere dalla sua cittadinanza o dal suo luogo di residenza⁹⁵.

È questa è forse la più importante peculiarità del testo di Nizza, che ha permesso a molti autori di definirlo un documento "*antropocentrico*"⁹⁶. Un documento che riesce cioè a coniugare ed equilibrare in modo apprezzabile le due fondamentali modalità assiologiche dell'agire giuridicamente rilevante della persona umana: quella della libertà (ossia del diritto, in senso soggettivo, nella sua massima espressione e potenza) e quella della solidarietà (ossia del dovere in tutte le sue forme ed esperienze)⁹⁷.

La Carta ha inoltre rispettato i "*desiderata*" espressi a Colonia, allargando lo spettro dei diritti da tutelare nell'ordinamento comunitario ed estendendolo, come si è accennato rapidamente, dai più "canonici" diritti fondamentali dell'uomo ai diritti delle nuove esperienze giuridiche, legati soprattutto alle innovazioni scientifiche e tecnologiche⁹⁸.

Anche in considerazione di tutte queste aperture alla mutevolezza del tempo e della società, non ha errato forse chi, in dottrina, ha affermato, quando il testo di Nizza ancora era in fase di definitiva elaborazione, che «la Carta

⁹⁵ A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, cit. supra, nota 43, p. 644, precisa che uno dei pregi della Carta di Nizza è «l'attestazione (...) accanto al principio di "indivisibilità" dei diritti, del vincolo che essi comportano per le generazioni future (principio "intergenerazionale") e dei doveri per la comunità umana che ne conseguono (principio di "responsabilità")». G. CIANI, *Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 45, p. 27, rileva che «l'universalismo pone al centro del sistema la persona in una dimensione atemporale e aspaziale, nel senso che i diritti dell'uomo costituiscono la proiezione deontica di valori che tutti devono rispettare in ogni tempo e in ogni dove». Ovviamente non rilevano le dovute eccezioni al principio dell'universalismo: si pensi ai diritti legati direttamente alla cittadinanza dell'Unione, che sono conferiti ai soli cittadini (come la partecipazione alle elezioni del Parlamento europeo o alle elezioni comunali), ovvero ai diritti che sono connessi ad una peculiare qualità dei soggetti (diritti dell'infanzia, diritti dei lavoratori ecc.) e la cui estensione a tutti i consociati li priverebbe della loro stessa *ratio existendi*.

⁹⁶ Non a caso già nello stesso Preambolo si afferma significativamente che l'Unione «pone al centro della sua azione la persona, istituendo la cittadinanza e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

⁹⁷ Cfr. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Il tomo. Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 115 ss. Per una puntuale ricostruzione del passaggio verso "le nuove frontiere della garanzia dei diritti", ossia verso il pieno riconoscimento dei diritti sociali accanto a quelli civili e politici, cfr. S. GAMBINO, *Dai diritti sociali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparatistica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 110 ss.

⁹⁸ Si pensi, per indicarne i più significativi, al diritto al consenso informato nonché al divieto di commercializzazione del corpo umano e delle sue parti, o al divieto di clonazione e di pratiche biogenetiche (art. 3). Ma anche al diritto alla tutela dei dati personali (art. 8) di particolare importanza considerando l'inarrestabilità del progresso elettronico ed il velocizzarsi della trasmissione delle informazioni nell'era della globalizzazione, o alla libertà d'impresa (art. 16), che rappresenta una novità per degli atti di carattere internazionale. Per non parlare della estensione del divieto di discriminazioni fondate sul sesso alle ipotesi di "tendenze sessuali" (art. 21) dei soggetti, ai quali sembrerebbe riconosciuto non solo il diritto di sposarsi, ma anche di costituire una famiglia, cioè un'unione di fatto non fondata sul matrimonio, né rientrante nelle "comuni" forme familiari eterosessuali (art. 9).

costituisce il più organico, completo e persuasivo elenco di prerogative fondamentali oggi a disposizione in un contesto non nazionale»⁹⁹.

4. Il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa e le novità nella tutela dei diritti dell'uomo¹⁰⁰

Va preliminarmente sottolineato che tra gli studiosi si sono sollevate non poche «perplexità (...) circa l'opportunità di dotare l'Unione europea, in tempi

⁹⁹ G. BRONZINI, *La Carta europea della solidarietà*, in *Il manifesto*, 10 ottobre 2000.

¹⁰⁰ Il tema della Costituzione europea e dei problemi ad essa connessi è stato trattato in una serie di lavori negli ultimi anni. Cfr. per tutti: A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 629 ss.; A. AVIO - S. RENGÀ, *Una Costituzione per l'Europa. Presentazione*, in *Lavoro e diritto*, 2000, fasc. 4, p. 501 ss.; A. BARBERA, *Esiste una "costituzione europea"?*, in *Quad. cost.*, 2000, fasc. 1, p. 59 ss.; P. BILANCIA (a cura di), *Il processo costituente europeo*, cit. supra, nota 3; L. BONANATE, *Verso una Costituzione europea? Un progetto realizzabile e opportuno* (Intervento alla tavola rotonda tenutasi all'interno del convegno su «Il diritto del lavoro nell'Unione europea», organizzato da Magistratura democratica, Torino, 22 maggio 1999), in *Questione giustizia*, 2000, fasc. 2, p. 290 ss.; G. BRONZINI, *Verso una Costituzione europea? Introduzione*, in *Questione giustizia*, 2000, fasc. 2, p. 285 ss.; A. BEFFARDI, *La Costituzione come processo (Ovvero ridar fiato alla politica)*, in *Questione giustizia*, 2000, fasc. 2, p. 305 ss.; S. CASSESE, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 987 ss.; G. F. CIMURRO, *Verso una Costituzione Europea?*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1999, p. 743 ss.; F. CUOCOLO, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2000, fasc. 1, p. 587 ss.; C. DE ROSE, *Verso la Costituzione europea: problemi di identità dell'Europa (Brevi riflessioni su una recente ricerca dell'Università "La Sapienza" di Roma)*, in *Il Consiglio di Stato*, 2001, fasc. 12, pt. 2, p. 2091 ss.; M. S. DE VRIES, *L'attacco allo Stato. Un confronto di idee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 1221; L. M. DIEZ-PICAZO, *Reflexiones sobre la noción de Constitución Europea*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, p. 533 ss.; M. DOGLIANI, *Revisione dei trattati o processo costituente?*, in *Questione giustizia*, 2000, fasc. 2, p. 310 ss.; G. FERRARA, *Verso la Costituzione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 161 ss.; G. G. FLORIDIA, *Una Costituzione per l'Europa. Ma in che senso? (appunti definitivi e di metodo)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 579 ss.; D. GRIMM, *L'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in *Nomos*, 2000, fasc. 2-3, p. 7 ss.; P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, fasc. 1, p. 3 ss.; ID., *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 455 ss.; F. MANCINI, *The making of a Constitution for Europe*, *CMLR*, 1989, p. 595 ss.; S. MARANELLA, *Una costituzione per i cittadini europei*, in *Temi Romana*, 2000, fasc. 3, pt. 6, p. 1259 ss.; I. D. MORTELLARO, *L'acqua e il pane della Costituzione*, in *Questione giustizia*, 2000, fasc. 2, p. 299 ss.; A. PACE, *La dichiarazione di Laeken*, cit. supra, nota 2, p. 613 ss.; A. PADOA-SCHIOPPA, *Una Costituzione per l'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001; S. PANUNZIO, *I costituzionalisti e l'Europa*, Milano, Giuffrè, 2002; I. PERNICE - F. MAYER, *De la Constitution composée de l'Europe*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2000, p. 623 ss.; E. U. PETERSMANN, *Proposals for a new Constitution for the European Union: Building-blocks for a Constitutional Theory and Constitutional Law of the EU*, *CMLR*, 1995, p. 1123 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002; G. QUADRI, *La Costituzione europea (Prolusione tenuta all'inaugurazione dell'anno accademico 2000-2001 dell'Istituto universitario navale di Napoli)*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, fasc. 12, pt. 2, p. 2533 ss.; J. SCHWARZE, *Constitutional Developments in the European Community: Definition and Foundations*, in *Law and State*, 1985; F. SORRENTINO, *La nascita della costituzione europea: un'istantanea*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; L. VIOLINI, *Prime considerazioni sul concetto di "Costituzione europea" alla luce dei contenuti delle vigenti Carte costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 1226 ss.; A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea nonché La "Costituzione europea" e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, rispettivamente p. 249 e p. 455; L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2001, fasc. 2, p. 405 ss.; G. VILELLA, *Dove va lo Stato contemporaneo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 43 ss.; G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.

brevi, di una costituzione in senso documentale e prescrittivo»¹⁰¹, nonostante altri sforzi dottrinali si siano orientati viceversa verso l'individuazione di alcuni indici chiari dell'esistenza, ormai solo da formalizzare, di una *Lex fundamentalis* europea (sia pur solo in senso materiale)¹⁰². Tale "Costituzione a più livelli" (*Verfassungsverbund* o *Multi-level constitutionalism*), ove non la si volesse definire addirittura (per immaturità dei tempi) come un *Bundestaat* (Federazione di Stati), non sarebbe «neanche (...) una semplice Unione di Stati (*Staatenbund*)», bensì il singolare frutto (non qualificabile con le categorie tipiche) di un «intreccio fra diritti costituzionali nazionali e diritto costituzionale dell'Unione»¹⁰³. Un intreccio che appare essere ormai, agli occhi di tutti, il punto di arrivo di un processo naturale¹⁰⁴ (ancorché tuttora in corso¹⁰⁵) per l'UE e che ha sicuramente preso nuovo impulso, non solo ontologicamente, ma anche idealmente, dalla proclamazione della Carta di Nizza, e dal

¹⁰¹ Così A. PACE, *La dichiarazione di Laeken*, cit. supra, nota 2, p. 615 ss. Questi individua tre ragioni per le quali emergono simili dubbi: «la prima (...) è che si utilizza in un contesto sovranazionale assolutamente peculiare una nozione che è stata forgiata (...) con uno specifico riferimento ad un assetto politico unitario (...) qual è quello statale. La seconda è che (...) una costituzione formale europea irrigidirebbe "ulteriormente la disciplina dell'Unione" e accrescerebbe "le sue difficoltà di adattamento alle diverse e sempre nuove esigenze che il processo di integrazione può porre" (viene qui richiamata A. ANZON, *La Costituzione come problema*, cit. supra, nota 100, 661). La terza consiste in ciò, che ritengo che la forza evocativa di una carta costituzionale se, da un lato, può costituire un fattore d'integrazione (...), dall'altro lato sicuramente determinerebbe una reazione da parte dei più nostalgici sostenitori della c.d. sovranità statale».

¹⁰² Cfr. A. PACE, *La Dichiarazione di Laeken*, loc. cit., p. 623 ss., nonché A. BARBERA, *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. supra, nota 17, p. 123 ss.

¹⁰³ A. BARBERA, *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. supra, nota 17, p. 125-126.

¹⁰⁴ Cfr. il resoconto del seminario di I. PERNICE, *L'Unione costituzionale europea nella prospettiva della Conferenza intergovernativa del 2000*, resoconti del seminario su «I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea», Roma, 14 aprile 2000, reperibili sul sito internet dell'Università Luiss Guido Carli: <http://www.luiss.it/semcost/europa/pernice/index.html>. «Cesare Dell'Acqua rileva come il termine più esatto per definire l'evoluzione costituzionale in atto a livello europeo sia quello di processo. È un termine ambiguo nella lingua italiana, a volte sottintende significati diversi e perfino conflittuali, ma è d'altronde un termine inevitabile. Scegliendo di usare il termine processo, è necessario considerarlo come qualcosa di spontaneo, che si sta facendo largo quasi per forza propria: nonostante i trattati, e forse anche oltre la lettera di essi. È un processo autocreativo, che si autolegittima, un processo costituente che ha forti elementi di novità rispetto alle tradizioni costituzionali degli stati membri quali abbiamo conosciuto in questo dopoguerra anche in Europa».

¹⁰⁵ Cfr., ancora una volta, per tutti, A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea*, cit. supra, nota 4, p. 173. Questi osserva che «stiamo assistendo a una straordinaria, ma eloquente, commistione/trasformazione del "diritto pubblico comunitario" e dei "diritti costituzionali" degli Stati europei: il primo e gli altri sono talmente commisti che è sempre più difficile distinguerli. Insomma: esiste fin d'ora, anche se non sempre viene "riconosciuto" esplicitamente, un complesso ed incisivo diritto costituzionale comunitario ed esso ragionevolmente prelude a un vero e proprio diritto costituzionale europeo (ammesso che il diritto costituzionale comunitario non sia già, *hic et nunc*, il particolare modo di esistere ed affermarsi del diritto costituzionale europeo)». A queste osservazioni potrebbero contrapporsi le obiezioni di G. SILVESTRI, *Intervento in Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. supra, nota 17, p. 136: «può esistere un diritto costituzionale senza una Costituzione? La risposta sembra dover essere negativa. L'esserci una Costituzione non implica però necessariamente l'esserci uno Stato» (ma vedi *infra*, nota 109).

successo ed entusiasmo generati da quest'ultima anche tra i più increduli¹⁰⁶.

Come ha asserito qualcuno, «giova ricordare che il testo approvato a Nizza mira a creare uno spirito nazionale europeo, nel senso che l'obiettivo principale è quello di ricondurre a unità e omogeneità culturale la comunità di popoli e di cittadini europei»¹⁰⁷. Vi è chi ha osservato, confidando proprio in ciò, che «l'approvazione di una Costituzione europea potrà apparire come il momento della scrittura di una tradizione costituzionale comune ai popoli europei, comprensiva dei risultati più duraturi dell'esperienza del diritto dell'Unione. Non sarebbe un loro passivo rispecchiamento, come le vecchie costituzioni-bilancio dei Paesi socialisti. Sarebbe il passaggio necessario a riferire l'una e gli altri a un ordine costituzionale diverso da quelli vigenti»¹⁰⁸.

La nascita di una *Magna Charta* europea, d'altra parte, non sarà forse realmente il punto di approdo per il progetto integrativo europeo, ma l'inizio di un nuovo cammino verso la creazione di una realtà sovranazionale di nuova specie, ossia verso la trasformazione dell'Europa "comunitaria" in un'Europa veramente "unita"¹⁰⁹.

Centrale per un passaggio politico-sociale di questo tipo continuerà ad essere il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo, che appare essere ormai il requisito minimo di legittimità e democraticità di ogni sistema giuridico moderno¹¹⁰.

¹⁰⁶ G. CIANI, *Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 45, p. 5 sostiene proprio che «la Carta non è (...) soltanto il manifesto della civiltà occidentale europea, ma rappresenta anche il primo passo verso una costituzione europea in senso formale, che si ponga cioè in continuità storica con la tradizione democratica degli Stati membri». È pur vero che lo stesso Roman Herzog (presidente della *Convention* per la stesura della Carta di Nizza) aveva, nel suo discorso inaugurale, sottolineato con grande lungimiranza (perché sapeva che i tempi non erano ancora maturi per alcune decise prese di posizione): «non mi interessano obiettivi grandiosi, da proclamare al di là della stesura di un catalogo dei diritti fondamentali. Quello che ci interessa non è il concetto di una Costituzione europea (...) questioni come Stato federale e controllo costituzionale non sono all'ordine del giorno. Di questi temi occorrerà discutere e decidere a tempo debito».

¹⁰⁷ Così G. CIANI, *Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 45, p. 37. Dello stesso avviso è A. MANZELLA, *Intervento in Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, cit. supra, nota 17, p. 167. Egli osserva che: «la funzione principale della Carta non è quella di garantire i diritti in essa enumerati (...) Sembra piuttosto che essa assolva pienamente ad un'altra e più preziosa funzione: quella organizzativa del processo di costituzionalizzazione dell'Unione».

¹⁰⁸ Così C. PINELLI, *La Carta europea dei diritti*, cit. supra, nota 90, p. 65.

¹⁰⁹ È utile considerare l'affermazione di G. SILVESTRI, *Intervento in Le libertà e i diritti*, cit. supra, nota 17, p. 136, ad avviso del quale, pare che «sia sempre più largamente accettata l'idea che non sia lo Stato il *prius* logico della Costituzione, ma al contrario, che sia quest'ultima il presupposto fondativo di ogni possibile potere, incluso quello statale. Se questo è vero, e se ogni potere si esprime e si incarna in soggetti, la Costituzione, in quanto logicamente anteriore ad ogni potere soggettivizzato, deve essere interamente oggettiva, non legata ad una caduca e transeunte assemblea, ma inestricabilmente intrecciata alla storia ed alla civiltà giuridica di un popolo».

¹¹⁰ Sul ruolo della Carta di Nizza, quale «primo passo verso la realizzazione di un'identità europea», cfr. G. P. ORSELLO, *Un "preambolo" per la futura Costituzione europea*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2000, fasc. 3, p. 18 ss.; S. MARANELLA, *Una costituzione per i cittadini europei*, in *Temi Romana*, 2000, fasc. 3, pt. 6, p. 1259 ss.; G. CANNELLA, *La Carta dei diritti: un passo verso un'Europa democratica*, in *Questione giustizia*, 2001, fasc. 1, p. 148 ss.

Con questo spirito la Convenzione europea presieduta da Giscard d'Estaing ha proceduto all'elaborazione di un Progetto di Trattato Costituzionale europeo, che nonostante il suo iniziale "stallo" ha avuto subito una rilevanza notevole, perché è apparso a tutti come l'espressione di un nuovo *idem sentire* europeo (il quale attendeva solo di essere formalizzato e organizzato, cosa che sembra essere avvenuta)¹¹¹.

Già nella "Dichiarazione di Roma", con cui si apriva formalmente la (fallimentare) Conferenza intergovernativa per la revisione dei Trattati, il 6 ottobre 2003 (CIG 3/03) «i Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri, in via di adesione e candidati dell'Unione Europea, il Presidente del Parlamento Europeo, il Presidente della Commissione Europea (...) confermano l'importanza dell'impegno a dotare l'Unione Europea, basata sull'eguaglianza degli Stati membri, dei popoli e dei cittadini, di un Testo Costituzionale che assicuri efficacia, coerenza ed efficienza al ruolo dell'Unione nel mondo, ed assumono come buona base su cui avviare i lavori della Conferenza Intergovernativa il Progetto di Trattato della Convenzione; (...) sottolineano che l'adozione di un Trattato Costituzionale rappresenterà una tappa fondamentale nel processo volto a rendere l'Europa più coesa e più influente, più trasparente e democratica, più efficiente e vicina ai cittadini, ispirata dalla volontà di promuovere valori universali (...)»¹¹².

¹¹¹ Sulla composizione della Convenzione e sull'opera svolta da essa, cfr. per tutti G. G. FLORIDIA - L. G. SCANNELLA, "Siamo una Convenzione. Vale a dire che cosa?" *Anatomia (e autonomia) della Convenzione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 997 ss. Nella entusiastica dichiarazione finale di Valéry Giscard d'Estaing del 18 luglio 2003, si legge che «con tale Costituzione l'Europa compie il passo definitivo verso un'unione politica: l'unione dei cittadini e l'unione degli Stati membri. La Costituzione: sancisce i diritti dei cittadini integrando la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; volge l'Europa verso i cittadini, offrendo loro nuove possibilità di partecipazione; stabilisce una divisione dei poteri chiara e trasparente tra Unione e Stati membri, offrendo ai Parlamenti nazionali i mezzi per intervenire. I poteri dell'Unione vengono ampliati secondo le richieste dei cittadini: l'istituzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e una lotta più efficace alla grande criminalità e il riconoscimento tra Stati membri dei loro diversi diritti civili; il progressivo sviluppo di una politica estera e di difesa comune, con un ministro europeo degli affari esteri che agirà e parlerà nel mondo a nome dell'Europa, e la creazione di un'Agenzia europea per gli armamenti; il miglioramento del coordinamento economico tra i paesi che hanno adottato l'euro, per garantire la stabilità e il successo della nostra moneta unica; dà all'Europa istituzioni stabili, democratiche e efficienti: il Parlamento europeo diventa il principale legislatore dell'Unione. Farà le leggi insieme al Consiglio. La legislazione europea sarà frutto dell'accordo tra i rappresentanti eletti dei cittadini e gli Stati; il Consiglio avrà un volto, una durata; il suo Presidente organizzerà il lavoro degli Stati, potrà programmare il suo lavoro nel tempo, e pianificare in anticipo; la Commissione, organizzata per adempiere alla sua missione europea, sarà il motore e il principale organo esecutivo. Incarnerà l'interesse comune europeo. Il progetto della Convenzione è un successo perché fissa i necessari equilibri tra i popoli, tra vecchi e nuovi Stati, tra le istituzioni, tra sogno e realtà».

¹¹² Sull'argomento, è meritevole di segnalazione il lavoro di G. G. FLORIDIA - L. G. SCANNELLA, *Attenzione alle metafore. Tecnica e politica nei progetti costituzionali per l'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1531 ss. Particolarmente pregiata è anche l'opera di T. OPPERMAN, *Il processo costituzionale europeo dopo Nizza (con particolare considerazione della Convenzione europea 2002-2003)*, Relazione all'XI colloquio italo-tedesco di diritto pubblico, sul tema «Il processo costituzionale europeo» dopo Nizza, tenutosi a Tübingen il 10 e 11 maggio 2002, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 2003, p. 353 ss.

Non è un caso che la parte II del Trattato costituzionale europeo contenga proprio la Carta di Nizza, il primo vero *Bill of rights* europeo¹¹³. Secondo quanto è stato acutamente rilevato in dottrina, «alla fine, come prevedibile, si è scelto di dare alla Carta il massimo di visibilità e di rilievo, incorporandola direttamente nella "Costituzione". Per evitare peraltro anche qui di riaprire un negoziato che era stato a suo tempo molto faticoso, si è preferito recepirne quasi integralmente la versione originaria (...) Le pochissime modifiche introdotte riguardano le disposizioni finali (in particolare l'art. II-52.4-6) e rappresentano l'evidente contropartita della formalizzazione della Carta, dato che esse sono tutte volte (...) ad attenuare la portata della Carta»¹¹⁴.

Il documento di Giscard d'Estaing, anche dopo le recentissime modifiche apportate al testo dalla Cig 85/04¹¹⁵, contiene nei suoi primissimi articoli

¹¹³ Un'analisi (impossibile in questa sede) dei lavori preparatori al Progetto, potrebbe mostrare quanto discussa sia stata la questione concernente la collocazione da dare al testo di Nizza in seno alla Costituzione europea. Cfr. la *Relazione finale* presentata il 22 ottobre 2003 dal Gruppo II. Si legge che «tra le varie possibilità che gli sono state sottoposte agli inizi dei lavori (cfr. docc. CONV 72/02 e 116/02, p. 7 e 8)» il Gruppo "Carta" «raccomanda invece alla sessione plenaria di esaminare le seguenti opzioni di base: *a.* inserimento del testo degli articoli della Carta all'inizio del trattato costituzionale, in un titolo o in un capo del trattato, o *b.* inserimento di un adeguato riferimento alla Carta in un articolo del trattato costituzionale; tale riferimento potrebbe essere integrato allegando o accludendo la Carta al trattato, come parte specifica di quest'ultimo contenente solo la Carta o come testo giuridico separato (ad es. sotto forma di protocollo). *c.* Secondo un membro del Gruppo, un "riferimento indiretto" (Cfr. doc. CONV 116/02, p. 7) alla Carta potrebbe essere usato per renderla giuridicamente vincolante senza attribuirle uno status costituzionale. Alla luce dell'esame delle questioni rientranti nel mandato del Gruppo, un'ampia maggioranza dei membri si è dichiarata favorevole alla prima opzione nell'interesse di una maggiore leggibilità del trattato costituzionale. La seconda opzione è sostenuta da taluni altri membri, alcuni dei quali hanno sottolineato la necessità di allegare la Carta al trattato, come parte specifica del medesimo o come protocollo. Nel complesso, il Gruppo sottolinea che entrambe queste opzioni di base potrebbero servire a rendere la Carta un testo giuridicamente vincolante dotato di status costituzionale». In seduta plenaria la *Convention* presieduta da Giscard d'Estaing ha scelto, come si vedrà meglio a breve, proprio la seconda opzione (l'art. 7 della Parte I della Costituzione rinvia alla Carta di Nizza, che è stata inserita nella Parte II del medesimo Trattato costituzionale). Preferibile sarebbe forse stata la formula suggerita nel Contributo della Signora Elena Ornella Paciotti, membro della Convenzione: "Progetto di Costituzione dell'Unione europea" (CONV 335/02). Tra le tante soluzioni (più conformi alle risoluzioni del Parlamento europeo) la proposta ventilava l'inserimento della Carta di Nizza nel titolo I, subito dopo il Preambolo, del Trattato costituzionale europeo.

¹¹⁴ Così A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, cit. supra, nota 88, p. 269 ss.

¹¹⁵ Modifiche che al dire il vero hanno riguardato solo parzialmente il testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr. l'allegato n. 10 (Cig 85/04, p. 17), col quale si introducono tre rilevanti modifiche: la prima concerne il quinto paragrafo del Preambolo (del testo di Nizza), che viene così riformulato nella sua parte finale: «[...] In this context the Charter will be interpreted by the courts of the Union and the Member States with due regard to the explanations prepared under the authority of the Praesidium of the Convention which drafted the Charter and updated under the responsibility of the Praesidium of the European Convention»; la seconda riguarda invece l'art. II-52, che al suo comma 7 recita oggi così: «the explanations drawn up as a way of providing guidance in the interpretation of the Charter of Fundamental Rights shall be given due regard by the courts of the Union and of the Member States»; la terza modifica attiene invece alla «Declaration for incorporation in the Final Act concerning the explanations relating to the Charter of Fundamental Rights» e prevede che «the Conference takes note of the explanations relating to the Charter of Fundamental Rights prepared under the authority of the Praesidium of the Convention which drafted the Charter and updated under the responsibility of the Praesidium of the European Convention, as set out below».

(ossia nel titolo I) un chiaro riferimento ai diritti dell'uomo, che costituiscono uno (probabilmente il più importante) dei "valori", su cui si fonda l'intera struttura giuridica europea. Infatti, dopo aver dichiarato solennemente la (nuova e vera) istituzione dell'Unione europea (nell'art. 1, il quale afferma al secondo comma che «l'Unione è aperta a tutti gli Stati europei che rispettano i suoi valori e si impegnano a promuoverli congiuntamente»), la Costituzione europea, nella sua bozza iniziale, già all'art. 2, nel definire proprio i «valori dell'Unione», stabiliva che essa «si fonda sui valori della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani»¹¹⁶.

Come si è già osservato, agli sforzi compilativi dei redattori del Progetto di Costituzione europea si sono aggiunti quelli, altrettanto preziosi, compiuti dagli "addetti ai lavori" nel corso della Conferenza intergovernativa del 2003¹¹⁷.

L'*addendum* 1 della nota della Presidenza, contenuta nel documento CIG 60/03 (del 9 dicembre 2003), nell'allegato 1 prevedeva anzitutto una modifica del summenzionato art. 2 del Progetto costituzionale (in ossequio alle osservazioni rivolte dal Segretariato della CIG agli esperti incaricati di esaminare il progetto di Costituzione europea¹¹⁸), che veniva (e viene oggi) a presentare quindi il seguente tenore: «l'Unione si fonda sui valori della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a una minoranza. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società fondata sul pluralismo, sulla non discriminazione, sulla tolleranza, sulla giustizia, sulla solidarietà e sul principio della parità tra donne e uomini»¹¹⁹.

Come è noto, ad occuparsi del duplice problema relativo all'«integrazione della Carta / adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)» è stato incaricato, in seno alla Conferenza intergovernativa, il Gruppo II, presieduto da António Vitorino¹²⁰.

Il Gruppo «Carta» ha più volte sottolineato che la questione dell'adesione non è alternativa, ma complementare a quella dell'incorporazione della Carta di Nizza nel testo costituzionale europeo.

¹¹⁶ Per un tentativo di ricostruzione dei *concetti comunitari* di «principi generali» «principi fondamentali» e «valori», cfr. A. FERRARO, *I diritti fondamentali*, cit. *supra*, nota 92, p. 722 ss.

¹¹⁷ Sul sito della Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea, <http://www.ueitalia2003.it/ITA>, è possibile reperire tutti i documenti ufficiali ed il materiale concernente i lavori dell'ultima Conferenza intergovernativa.

¹¹⁸ Cfr. la nota del Segretariato del 6 ottobre 2003 (CIG 4/03).

¹¹⁹ Cfr. la nota della Presidenza del 25 novembre 2003 (CIG 52/03).

¹²⁰ Sarebbe interessante analizzare nel dettaglio (cosa impossibile in questo lavoro) i documenti di questo Gruppo di lavoro, si rinvia ad A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione europea*, *Quaderni della Rivista "Il diritto dell'Unione europea"*, Milano, Giuffrè, 2004.

L'art. I-7, recepite tali indicazioni, prevedeva infatti nel suo primo paragrafo che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali che costituisce la parte II della Costituzione», nel secondo, invece, che «l'Unione persegue l'adesione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nella Costituzione».

La disposizione in esame conteneva (e continua a contenere) dunque, da una parte un riferimento alla Carta di Nizza, che costituisce parte effettiva della Costituzione europea (essendo stata integralmente incorporata nella seconda parte del documento firmato il 18 giugno 2004, dall'altra un riferimento alla CEDU, che è fonte esterna, ma collegata (non a caso si impegna l'Unione a procedere ad un'adesione anche formale ad essa)¹²¹.

È degna di nota la modifica apportata dal citato *addendum* 1 della nota della Presidenza contenuta nel documento CIG 60/03 del 9 dicembre 2003 (allegato 41), in base alla quale l'art. I-7, II paragrafo è stato così riformulato: «l'Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nella Costituzione»¹²².

Sin dal 22 ottobre 2002, nella Relazione finale (CONV. 354/02, WG II 16) presentata a Bruxelles, dal Gruppo II, incaricato di occuparsi dei problemi riguardanti la «Integrazione della Carta/adesione alla CEDU» si è rilevato che

¹²¹ Conformemente a quanto stabilito nel «mandato del Gruppo "Carta"» (CONV. 72/02), quest'ultimo nella propria *Relazione finale* (CONV. 354/02) «ha sottolineato (...) che la Convenzione deve decidere soltanto se introdurre nel nuovo trattato un'abilitazione costituzionale per l'adesione dell'Unione alla CEDU. In compenso, spetterebbe in seguito alle istituzioni dell'Unione, segnatamente al Consiglio che delibera all'unanimità, avviare i negoziati per un trattato di adesione e definire il quadro preciso in cui essi si iscriverebbero; durante i negoziati dovranno essere trattate varie questioni tecniche relative alle modalità pratiche dell'adesione, di cui il Gruppo ha preso debitamente atto, cfr. i pareri comuni dei giudici Skouris (WD 19) e Fischbach (CONV 295/02), nonché dei signori Schoo, Piris e Petite (WD 13). Del pari, spetterebbe al Consiglio decidere il calendario appropriato dell'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU e ai relativi protocolli addizionali. Tutti questi aspetti non sono di natura costituzionale e non devono pertanto essere trattati dalla Convenzione. Fatta salva la decisione politica della plenaria e alla luce delle argomentazioni e conclusioni, ivi comprese talune salvaguardie come illustrato in appresso, tutti i membri del Gruppo sono fautori o sono disposti a considerare favorevolmente la creazione di un'abilitazione costituzionale per l'adesione dell'Unione alla CEDU».

¹²² Questa previsione normativa soddisfa del resto i *desiderata* espressi dal gruppo di esperti incaricato dalla Cig per la revisione dei Trattati di proporre delle «osservazioni giuridiche e redazionali sul progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa» (CIG 4/03). I *tecnici*, con riferimento al par. II dell'articolo in questione, rilevavano che «ai fini di una migliore redazione della base giuridica nella Costituzione per l'adesione dell'Unione alla CEDU, occorrerebbe sostituire i termini "persegue l'adesione" con "aderisce"» e proseguono affermando che la previsione di cui al secondo paragrafo dell'art. I-7 «non toglie che l'unica interpretazione utile del par. 2 sarà quella di considerare il medesimo come una base giuridica, anche nella versione redatta dalla Convenzione, tenuto conto dell'art. III-227, par. 7, lett. a., punto ii.», e con riferimento al terzo paragrafo dello stesso articolo si rileva che «contrariamente all'art. 6, par. 2 del TUE attuale, nel testo del progetto non figura che "L'Unione rispetta i diritti fondamentali (...) in quanto principi generali del diritto dell'Unione"».

«le principali argomentazioni politiche e giuridiche mosse a favore dell'adesione dell'Unione alla CEDU sono le seguenti:

- nel momento in cui l'Unione riafferma i propri valori attraverso la Carta, la sua adesione alla CEDU costituirebbe un segnale politico importante della coerenza fra l'Unione e la "grande Europa", rispecchiato nel Consiglio d'Europa e nel relativo sistema paneuropeo dei diritti umani¹²³;

- l'adesione alla CEDU garantirebbe ai cittadini a livello dell'Unione un grado di protezione analogo a quello di cui beneficiano già nei singoli Stati membri. È questa una questione di credibilità, in quanto gli Stati membri hanno trasferito sostanziali competenze all'Unione e l'adesione alla CEDU è diventata una condizione preliminare all'adesione di nuovi Stati all'Unione;

- l'adesione costituirebbe lo strumento ideale per assicurare uno sviluppo armonioso della giurisprudenza delle due Corti europee competenti in materia di diritti umani; per alcuni membri, questa argomentazione assume maggiore rilevanza se considerata nell'ottica di un'eventuale incorporazione della Carta nei trattati. È necessario al riguardo sottolineare i problemi posti dalla mancata partecipazione dell'Unione alla giurisdizione di Strasburgo, per cui l'Unione non ha la possibilità, laddove la Corte di Strasburgo sia chiamata a pronunciarsi indirettamente sul diritto comunitario, di difendersi dinanzi alla Corte o di disporre di un giudice presso la Corte che sia esperto in materia di diritto dell'Unione»¹²⁴.

¹²³ Cfr. in particolare WD 8 contenente uno studio realizzato dal Consiglio d'Europa relativo alle questioni tecniche e giuridiche inerenti ad un'eventuale adesione alla CEDU (CONV. 354/02 rus/AB/arg 12). A tal proposito lo stesso Gruppo "Carta" ha poi voluto sottolineare nella stessa *Relazione finale* che: «l'adesione dell'Unione alla CEDU non implica che l'Unione diventerà membro del Consiglio d'Europa, né che diventerà un attore politico generale a Strasburgo. L'Unione e il relativo diritto saranno piuttosto associati (nei limiti delle competenze ad essa attribuite) al sistema specifico di controllo giuridico dei diritti dell'uomo sancito dalla CEDU. Sostanzialmente (senza per questo anticipare dettagli su cui occorre negoziare all'atto dell'adesione) presso la Corte di Strasburgo sarebbe nominato per ("à titre de") l'Unione un giudice esperto in materia di diritto UE. Inoltre, un rappresentante dell'Unione parteciperebbe al compito specifico del Comitato dei Ministri che consiste nel vigilare sull'esecuzione delle sentenze ai sensi dell'art. 46 della CEDU (importante soprattutto per assicurare che il Comitato sia adeguatamente informato su questioni inerenti al diritto dell'Unione, come il sistema delle competenze), ma non ai compiti generali del Comitato che esulano dalla CEDU». E sempre con riferimento ai problemi collegati ad un'eventuale adesione dell'Unione alla Convenzione di Roma del '50, si è specificato che «le posizioni dei singoli Stati membri in merito alla CEDU non saranno influenzate dall'adesione dell'Unione alla convenzione stessa (...) le riserve espresse dai singoli Stati membri in merito alla CEDU e ai protocolli addizionali, nonché il diritto di adottare deroghe specifiche (art. 15 della CEDU), non sarebbero in alcun caso pregiudicate dall'adesione, in quanto riguardano le rispettive legislazioni nazionali, mentre l'adesione dell'Unione avrebbe effetto giuridico solo per quanto riguarda il diritto dell'Unione».

¹²⁴ La relazione prosegue con l'esame delle «possibili conseguenze dell'adesione alla CEDU per il principio dell'autonomia del diritto comunitario (o dell'Unione), ivi compresi lo *status* e i poteri della Corte di giustizia europea. Dalle discussioni del Gruppo e dalle audizioni degli esperti è emerso che il principio dell'autonomia non frappone ostacoli giuridici all'adesione dell'Unione alla CEDU. Dopo l'adesione, la Corte di giustizia continuerebbe ad essere l'unico arbitro supremo delle questioni relative al diritto dell'Unione e della validità degli atti dell'Unione stessa; la Corte europea dei diritti dell'uomo non potrebbe pertanto essere qualificata un tribunale superiore, ma piuttosto un tribunale specializzato che esercita un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell'Unione derivanti dalla sua adesione alla CEDU. Lo *status* della Corte di giustizia

Restavano (e sembrano restare) invece esclusi meccanismi proposti in alternativa all'adesione alla CEDU, quali, ad esempio, una procedura speciale di rinvio o di consultazione dalla Corte di giustizia alla Corte di Strasburgo, un ricorso speciale alla Corte di Strasburgo contro le istituzioni senza adesione o un "panel/camera comune" composto da giudici di entrambe le Corti europee¹²⁵.

Cristallizzando infine una massima contenuta in una decennale giurisprudenza della Corte di giustizia¹²⁶, l'ultimo comma dell'art. I-7 del Trattato costituzionale prevede che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Si tratta in sostanza di una norma di chiusura, in cui si conferma che i diritti dell'uomo (così come desumibili dalle due fonti utilizzate dall'organo giudiziario) sono parte integrante dello *jus non scriptum* dell'Unione europea¹²⁷.

Tale formula forse permette di risolvere definitivamente anche l'annosa questione concernente l'individuazione degli strumenti giurisdizionali più appropriati per garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali dell'uomo, soprattutto rispetto ad atti comunitari eventualmente pregiudizievoli di tali supreme prerogative della persona¹²⁸. Lo stesso Gruppo II, esaminando «l'ipote-

sarebbe analogo a quello attuale delle corti costituzionali o delle giurisdizioni supreme nazionali rispetto alla Corte di Strasburgo».

¹²⁵ Nella stessa *Relazione finale* del Gruppo II (CONV. 354/02) si legge che «alla luce degli interventi degli esperti sentiti dal Gruppo riguardo ai problemi giuridici e pratici dei vari meccanismi proposti in alternativa all'adesione dell'Unione alla CEDU, il Gruppo non raccomanda detti meccanismi alternativi (per es. una procedura speciale di rinvio o di consultazione dalla Corte di giustizia alla Corte di Strasburgo, un ricorso speciale alla Corte di Strasburgo contro le istituzioni senza adesione o un "panel/camera comune" composto di giudici di entrambe le corti europee)». Viene inoltre effettuato un rinvio alle audizioni dei signori Schoo, Piris e Petite del 23 luglio 2002 (WD 13, p. 14, 32 nota 2, 50 e 51) nonché all'audizione del giudice Fischbach del 17 settembre 2002, CONV 295/02.

¹²⁶ Si considerino le seguenti sentenze: 14 maggio 1974 in causa n. 4/73, *Nold*; ma anche 19 giugno 1980 in cause riunite n. 41, n. 121 e n. 796/79, *Testa* nonché 26 giugno 1980 in causa n. 136/79, *National Panasonic*, in cui si ribadisce che «i diritti fondamentali dell'uomo fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza conformemente alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e ai Trattati internazionali cui essi hanno cooperato o aderito». Cfr. altresì G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia*, cit. supra, nota 7.

¹²⁷ Cfr. un'ultima volta la *Relazione finale* del Gruppo II (CONV. 354/02), in cui si evidenzia proprio che «il Gruppo ha discusso dell'opportunità che, in caso di integrazione della Carta, il trattato costituzionale contenga anche un riferimento alle due fonti esterne di ispirazione in materia di diritti fondamentali, come figura attualmente all'art. 6, par. 2 del TUE, ovvero la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri: validi argomenti sono stati sostenuti sia a favore che contro tale ipotesi. Alcuni membri hanno espresso il parere che un riferimento del genere sarebbe superfluo e creerebbe confusione giuridica, dato che la Carta prevede già dei diritti derivanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni e fa riferimento a tali fonti. Altri hanno sostenuto che un simile riferimento nel trattato costituzionale potrebbe servire a rendere più completa la tutela offerta dalla Carta e a chiarire che il diritto dell'Unione è aperto a futuri sviluppi della CEDU e delle legislazioni nazionali in materia di diritti dell'uomo».

¹²⁸ Cfr. sull'argomento S. GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, cit. supra, nota 58, p. 206 ss.

si di istituire una procedura speciale dinanzi alla Corte di giustizia ai fini della tutela dei diritti fondamentali»¹²⁹ e contestando «che la maggior parte dei membri avanza riserve su detta ipotesi», ha deciso di non raccomandarla alla Convenzione, pur sottolineando «il grande vantaggio che i cittadini trarrebbero da un'eventuale incorporazione della Carta nella struttura del trattato costituzionale, dato che ciò consentirebbe loro di avvalersi del sistema di ricorsi vigente nell'Unione»¹³⁰.

Angelo Ferraro*

¹²⁹ La stessa "nota-mandato" di Vitorino aveva previsto che il Gruppo avrebbe dovuto «pronunciarsi sull'opportunità di modificare l'art. 230, par. 4, del Trattato CE per estendere il ricorso diretto dei privati dinanzi alla Corte di giustizia o addirittura istituire un nuovo mezzo di ricorso per la protezione dei diritti fondamentali o sull'opportunità di mantenere l'attuale sistema lasciando alla giurisprudenza il compito di perfezionarlo».

¹³⁰ Cfr. sempre la *Relazione finale* del Gruppo II, *Conv. 354/02*. Si legge ancora in essa che «Il Gruppo desidera (...) richiamare l'attenzione della sessione plenaria (...) sulla questione della necessità o meno di riformare le condizioni alle quali una persona fisica può adire direttamente la Corte (art. 230, quarto comma del TCE) al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva. Su questo punto, le discussioni in sede di Gruppo hanno evidenziato che vi può essere una certa carenza di tutela, data l'attuale condizione, stabilita dall'art. 230, quarto comma del TCE, di persona interessata "direttamente" e "individualmente" (...). D'altro canto, si è delineata nelle discussioni del Gruppo una tendenza ampiamente condivisa secondo la quale l'attuale sistema generale dei ricorsi e la "suddivisione del lavoro" tra giudici comunitari e giudici nazionali che esso comporta non dovrebbe essere radicalmente modificato da un'eventuale riforma dell'art. 230, quarto comma del TCE».

* Dottorando di ricerca in Diritto civile presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

ANCHE LE AMMINISTRAZIONI NAZIONALI DEVONO GARANTIRE, AL PARI DEI GIUDICI, L'UNIFORME APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 13 gennaio 2004 in causa n. C-453/00*

Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 10 CE - Principio di cooperazione - Restituzioni all'esportazione - Decisione definitiva di organo amministrativo - Interpretazione di norma comunitaria contrastante con quella adottata dalla Corte di giustizia - Obbligo per l'amministrazione nazionale di riesame della decisione definitiva.

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.

* In argomento v. *infra*, p. 489 ss., il commento di GIACOMO GATTINARA.

rio 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.

(Omissis) **In diritto**

La sentenza di rinvio e la questione pregiudiziale

(Omissis)

17. Il *College van Beroep voor het bedrijfsleven* si interroga sulla questione se non sarebbe opportuno derogare al carattere definitivo della decisione amministrativa in un caso come quello di cui è investito in cui, in primo luogo, la Kühne & Heitz ha esaurito i mezzi di tutela giurisdizionale di cui disponeva, in secondo luogo, l'interpretazione del diritto comunitario che aveva seguito si è rivelata contraria ad una sentenza pronunciata successivamente dalla Corte e, in terzo luogo, l'interessata si è indirizzata all'organo amministrativo subito dopo essere stata informata di tale sentenza della Corte.

18. Tale questione sarebbe giustificata in considerazione, segnatamente, dell'art. 234 CE, secondo cui un giudice le cui decisioni non sono impugnabili ha l'obbligo di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte. Nel 1991, il *College van Beroep voor het bedrijfsleven* si sarebbe erroneamente ritenuto dispensato da tale obbligo, in quanto, conformemente alla sentenza 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *Cilfit e a.* (*Raccolta*, p. 3415), aveva ritenuto che l'interpretazione delle sottovoci tariffarie in discussione non desse adito ad alcun dubbio. Pertanto, il giudice del rinvio si interroga sulla questione di sapere se l'attuazione effettiva e completa del diritto comunitario richieda che, in una causa come quella sottoposta al suo esame, la regola del carattere definitivo di una decisione amministrativa sia resa meno rigida.

19. Alla luce di tali considerazioni il *College van Beroep voor het bedrijfsleven* ha deciso di sospendere la decisione e di porre alla Corte la questione pregiudiziale seguente:

«Se il diritto comunitario, nel quale in particolare si deve prendere in considerazione il principio dell'affidamento comunitario di cui all'art. 10 CE, in circostanze quali quelle descritte nella motivazione della presente ordinanza, comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è divenuta definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo deve essere interpretato in base a quanto risulta dalla soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale».

Sulla questione pregiudiziale

20. Come la Corte ha in precedenza giudicato, spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze (v. sentenza 12 giugno 1990 in causa n. C-8/88, *Germania c. Commissione*, in *Raccolta*, I, p. 2321, punto 13).

21. L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte di giustizia nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 del Trattato chiarisce e

precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore (v., in particolare, sentenze 27 marzo 1980 in causa n. 61/79, *Denkavit italiana*, in *Raccolta*, p. 1205, punto 16, e 10 febbraio 2000 in causa n. C-50/96, *Deutsche Telekom*, in *Raccolta*, I, p. 743, punto 43).

22. Ne consegue che una norma di diritto comunitario così interpretata deve essere applicata da un organo amministrativo nell'ambito delle sue competenze anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione.

23. La causa principale solleva la questione di sapere se il rispetto di quest'obbligo si imponga a dispetto del carattere definitivo di una decisione amministrativa acquisito prima che ne sia richiesto il riesame per tener conto di una sentenza della Corte che statuisce su una questione pregiudiziale interpretativa.

24. Occorre ricordare che la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. Il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo.

25. Tuttavia il giudice del rinvio ha precisato che, in diritto olandese, un organo amministrativo ha sempre il potere di ritornare su una decisione amministrativa definitiva, purché non siano lesi gli interessi di terzi, e che, secondo le circostanze, l'esistenza di siffatto potere può implicare l'obbligo di revocare una simile decisione, anche se tale diritto non esige che l'organo competente ritorni sistematicamente su decisioni amministrative definitive per conformarsi ad una giurisprudenza successiva ad essa. La questione di tale giudice è diretta a stabilire se, in circostanze analoghe a quelle della causa principale, un obbligo di ritornare su una decisione amministrativa definitiva derivi dal diritto comunitario.

26. Come risulta dal fascicolo, tali circostanze sono le seguenti. In primo luogo, il diritto nazionale riconosce all'organo amministrativo la possibilità di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, divenuta definitiva. In secondo luogo, la decisione amministrativa ha acquisito il suo carattere definitivo solo in seguito alla sentenza di un giudice nazionale le cui decisioni non sono suscettibili di un ricorso giurisdizionale. In terzo luogo, tale sentenza era fondata su un'interpretazione del diritto comunitario che, alla luce di una sentenza successiva della Corte, si rivelava errata e che era stata adottata senza che la Corte stessa fosse adita in via pregiudiziale, alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE. In quarto luogo, l'interessata si è rivolta all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato di tale sentenza della Corte.

27. In tali circostanze, l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte. Il detto organo amministrativo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione.

28. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla

questione sollevata 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 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 in via 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.

(Omissis)

IL RUOLO COMUNITARIO DELLE AMMINISTRAZIONI NAZIONALI ALLA LUCE DELLA SENTENZA *KÜHNE & HEITZ*¹

Sommario: **1.** *I fatti a base del procedimento principale e la questione pregiudiziale* - **2.** *La pronuncia della Corte di giustizia* - **3.** *La ricerca dell'equilibrio tra principio di leale cooperazione e principio di autonomia procedurale* - **4.** *La precisazione del ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali.*

1. I fatti a base del procedimento principale e la questione pregiudiziale

La società olandese «Kühne e Heitz N.V.» (di seguito «la Kühne e Heitz») aveva esportato determinate quantità di carne di pollo verso Paesi terzi dal dicembre 1986 al dicembre dell'anno successivo. Allo scopo di beneficiare delle restituzioni all'esportazione, la Kühne e Heitz dichiarava alle autorità del proprio Paese che tali merci rientravano nella sottovoce tariffaria 02.02 B II e. 3, applicabile alle «cosce di pollo e pezzi di cosce di altri volatili», in virtù delle regole di nomenclatura all'epoca in vigore e previste nei regolamenti comunitari n. 3176/86, n. 267/87, n. 1151/87, n. 2800/87 e n. 3205/87.

Sulla base di tali dichiarazioni, il «Productschap voor Pluimvee en Eieren» (di seguito «il Productschap»), organo amministrativo nazionale comprensivo delle associazioni di categoria degli allevatori di bestiame, dei produttori di carne e di uova, concedeva le restituzioni alle esportazioni e versava gli importi corrispondenti. Tuttavia, dopo alcuni accertamenti, il Productschap riteneva che le cosce di pollo esportate dalla Kühne e Heitz comprendessero una parte di dorso tale da far perdere loro la natura di cosce e che, di conseguenza, tale merce dovesse essere riclassificata nella sottovoce tariffaria 02.02 B II ex g (riferita alle "altre" parti del volatile). Secondo questa nuova

¹ Il presente lavoro costituisce un primo contributo dell'autore alla ricerca su «Il ruolo della Corte di giustizia delle C.E. nella prospettiva della Costituzione europea» finanziata dal M.I.U.R. anno 2002 (prot. 2002125838/002).

classificazione, il Productschap stabiliva che l'importo percepito a titolo di restituzione all'esportazione dalla Kühne e Heitz era eccessivo, e chiedeva così che gli fosse versata la somma di NLG 970 950,98. La Kühne e Heitz proponeva reclamo contro questa decisione dinanzi allo stesso Productschap, reclamo che era tuttavia respinto. Contro questa decisione di rigetto, la Kühne e Heitz decideva quindi di proporre ricorso dinanzi al «College van Beroep voor het bedrijfsleven» (di seguito «il College»), unico giudice competente a pronunciarsi in unico grado sulla legittimità delle decisioni del Productschap.

Con sentenza del 22 novembre 1991, il College respingeva l'appello della Kühne e Heitz poiché la merce esportata da tale società non rientrava nella fattispecie di "cosce" ai sensi della sottovoce tariffaria 02.02 BII e. 3. In particolare, il College non riteneva di dover sollevare una questione pregiudiziale d'interpretazione delle norme relative alle ricordate voci tariffarie, dato che la formulazione di queste non lasciava spazio ad alcun ragionevole dubbio, tanto più che la stessa Kühne e Heitz non aveva chiesto al College di sollevare alcuna questione pregiudiziale. Pertanto, la Kühne e Heitz versava al Productschap quanto da esso originariamente richiesto.

In seguito, il 5 ottobre 1994, la Corte di giustizia delle Comunità europee pronunciava la sentenza *Voogd Vleesimport en – export*, causa n. C-151/93², nella quale ai punti 20 e 21 stabiliva che: «una coscia alla quale rimanga attaccato un pezzo di dorso deve quindi essere considerata come coscia, ai sensi delle voci 02.02 B II e. 3 della precedente nomenclatura e 02074151000 della nuova, se detto pezzo di dorso non è sufficientemente grande da conferire al prodotto il suo carattere essenziale. Per accertare se tale sia il caso in mancanza, a quell'epoca, di norme comunitarie, spetta al giudice nazionale tener conto delle abitudini del commercio nazionale e dei metodi tradizionali di taglio».

A fronte di tale sentenza, la Kühne e Heitz chiedeva al Productschap, tra l'altro, il rimborso di quanto tale società aveva dovuto restituire ad esso, con i corrispondenti interessi legali. Il Productschap respingeva tale richiesta, e rigettava anche il successivo reclamo. La Kühne e Heitz proponeva così ricorso contro quest'ultima decisione dinanzi al College, il quale decideva di sospendere il procedimento dinanzi a sé e proporre la questione pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di giustizia.

Nell'ordinanza di rinvio, il College osservava che secondo gli artt. 4:6 e 8:88 della «legge generale in materia amministrativa»³ olandese un organo amministrativo ha sempre il potere di ritornare su una propria decisione definitiva. In particolare, l'art. 4:6 prevede che qualora un'istanza sia stata rigettata in tutto o in parte con decisione, può essere proposta una nuova domanda all'organo amministrativo solo se il ricorrente adduce fatti nuovi o un mutamento delle

² In *Raccolta*, 1994, I, p. 4915.

³ «*Algemene wet bestuursrecht*».

circostanze, in mancanza dei quali, tale organo può respingere la domanda riferendosi alla propria precedente decisione di rigetto. A sua volta, l'art. 8:88 prevede che il giudice possa, a istanza di parte, pronunciarsi in sede di riesame di una sentenza definitiva qualora vi siano dei fatti verificatisi prima della sentenza, ignorati dal ricorrente e non ragionevolmente conoscibili da questi prima della sentenza e che avrebbero potuto indurre il giudice a pronunciare una diversa sentenza, qualora il giudice ne fosse stato a conoscenza.

Tuttavia, secondo il College, permettere che un organo amministrativo come il Productschap ritornasse su una propria decisione ormai definitiva, per esaurimento dei ricorsi esperibili in sede giurisdizionale, avrebbe avuto senso solo se tale organo avesse avuto non la facoltà, ma l'*obbligo* di procedere a questo riesame.

Il College riteneva anche di avere forse violato il principio dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale incombente secondo l'art. 234, comma 3, del Trattato CE sul giudice nazionale di ultima istanza, come il College. Detta violazione sarebbe dipesa da un'erronea interpretazione della sentenza *CILFIT*, con la quale la Corte di giustizia ha trasformato tale obbligo in facoltà tutte le volte in cui la norma comunitaria da interpretare sia talmente chiara da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio⁴.

Proprio il timore di aver violato i propri doveri di giudice nazionale di cui all'art. 234 del Trattato CE aveva ulteriormente contribuito a far ritenere possibile, per il College, che la regola del carattere definitivo della decisione amministrativa non più impugnabile non dovesse essere applicata, consentendo così una revisione di questa decisione allo scopo di garantire la piena ed effettiva applicazione del diritto comunitario.

Il College chiedeva così alla Corte di giustizia se il diritto comunitario e, in particolare, il principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 del Trattato CE obbligassero un organo amministrativo nazionale a rivedere una propria decisione definitiva, allo scopo di garantire piena efficacia ad una norma comunitaria, così come interpretata dalla Corte di giustizia in una sentenza pregiudiziale pronunciata dopo che la decisione dell'organo amministrativo fosse divenuta definitiva per esaurimento dei rimedi giurisdizionali esperibili contro di essa.

2. La pronuncia della Corte di giustizia

La Corte ha risposto alla questione sollevata dal giudice olandese con la sentenza pronunciata in seduta plenaria il giorno 13 gennaio 2004 nella causa

⁴ Corte di giustizia, 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *CILFIT c. Ministero della Sanità*, in *Raccolta*, 1982, p. 3415; v. il testo in questa *Rivista*, 1983, p. 135 ss. con le posizioni delle varie parti in causa.

n. C-453/00, *Kühne e Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*⁵.

Nella sua sentenza, la Corte ricorda innanzi tutto che l'interpretazione di una norma comunitaria data in via pregiudiziale precisa il significato e la portata della norma «quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore»⁶ e che tutte le autorità degli Stati membri debbono garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze.

Successivamente, la Corte valuta se l'efficacia retroattiva di una propria sentenza pregiudiziale debba manifestarsi anche nei confronti di una decisione amministrativa divenuta definitiva. In primo luogo, i giudici comunitari ricordano che l'esigenza della certezza del diritto avvertita dagli ordinamenti degli Stati membri ha uguale importanza nell'ordinamento comunitario, tanto da poter essere annoverata tra i principi generali di questo⁷. In secondo luogo, la Corte precisa che il carattere definitivo di una decisione amministrativa contribuisce a tale certezza del diritto, sia esso dovuto alla scadenza dei termini di ricorso o all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale disponibili, sicché, in principio, il diritto comunitario non richiede che l'efficacia retroattiva di una sentenza pregiudiziale d'interpretazione si produca anche nei confronti di rapporti giuridici regolati da una decisione amministrativa ormai definitiva⁸.

Tuttavia, le regole procedurali del diritto olandese permettono ad un organo amministrativo di ritornare su una decisione amministrativa definitiva a patto di non ledere gli interessi di terzi, e, in alcuni casi, tale facoltà può trasformarsi in un vero e proprio obbligo. Pertanto, i giudici di Lussemburgo osservano che in virtù del principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 del Trattato CE, l'organo amministrativo nazionale è tenuto a riesaminare una propria decisione divenuta definitiva al fine di tenere conto di un'interpretazione contenuta in una sentenza della Corte di giustizia, qualora, senza ledere gli interessi di terzi, si verificano delle circostanze analoghe a quelle occorse dinanzi al College. Tali circostanze sono le seguenti: 1. il potere di riesame della propria decisione è riconosciuto all'organo amministrativo dal proprio diritto nazionale; 2. il carattere definitivo di tale decisione amministrativa deriva da una sentenza non più impugnabile di un giudice adito per valutare la legittimità della decisione stessa; 3. detta sentenza è fondata su un'errata interpretazione del diritto comunitario adottata dal giudice nazionale senza aver proposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, comma 3, del Trattato CE, e tale errore risulta da una sentenza della

⁵ Non ancora pubblicata.

⁶ Punto 21 della sentenza in commento.

⁷ Punto 24.

⁸ Punto 24.

Corte comunitaria successiva alla sentenza del giudice nazionale; 4. l'interessato si è rivolto all'organo amministrativo "immediatamente dopo" avere preso conoscenza della giurisprudenza della Corte di giustizia⁹.

3. La ricerca dell'equilibrio tra principio di leale cooperazione e principio di autonomia procedurale

L'elemento principale della sentenza qui in commento è il bilanciamento tra l'interesse ad un'effettiva applicazione del diritto comunitario¹⁰, tutelato attraverso il principio di leale cooperazione tra Comunità ed autorità nazionali di cui all'art. 10 del Trattato CE, e l'interesse al rispetto delle regole procedurali nazionali, garantito per il tramite del principio di autonomia procedurale¹¹, a sua volta fondato sul rispetto delle competenze degli Stati membri e strumentale alla certezza del diritto¹². In conformità al principio di autonomia procedurale, «in mancanza di disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto. Tuttavia, dette modalità non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario»¹³.

Tale principio è stato applicato dalla Corte di giustizia, nell'assenza di regole procedurali di fonte comunitaria, per riconoscere al giudice nazionale la possibilità di applicare il proprio diritto processuale nazionale al fine di tutelare situazioni giuridiche derivanti dal diritto comunitario e non dal diritto nazionale¹⁴. Tuttavia, l'applicazione di tali regole processuali nazionali è

⁹ Punti 26 e 28 della sentenza in commento.

¹⁰ Su cui cfr. per tutti A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, p. 521 ss., G. TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, in *Yearbook of European Law*, 1994, p. 1 ss., A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 27 ss.

¹¹ Su tale rapporto cfr. il fondamentale contributo di D. SIMON, *Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?*, in *Mélanges Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 481 ss.

¹² V. punto 24 della sentenza.

¹³ Corte di giustizia, 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck e a. c. Stato belga*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599, punto 12 e la giurisprudenza ivi citata. V. in particolare C. PELEKI – VELLIOS, *Le principe de l'autonomie procédurale à la lumière de la jurisprudence Peterbroeck et Van Schijndel*, in *Actualités du droit*, 1, 1998, p. 68 ss., nonché E. SZYSZCZAK, J. DELICOSTOPOULOS, *Intrusions into National Procedural Autonomy: the French Paradigm*, in *El Rev.*, 1997, p. 141 ss.

¹⁴ V. sul punto C. N. KAKOURIS, *Do the Member States Possess Judicial Procedural "Auto-*

subordinata, da un lato, al rispetto di un'esigenza di non discriminazione, per cui la tutela concretamente prestata ad un diritto di origine nazionale non deve essere più favorevole rispetto a quella riguardante un diritto o altra situazione giuridica soggettiva di origine comunitaria. Dall'altro, detta applicazione delle regole nazionali in materia processuale è subordinata al rispetto di un'esigenza di effettività, secondo la quale la tutela in questione deve comunque consentire alle norme comunitarie da cui nasce la situazione giuridica fatta valere di avere effetto¹⁵.

Attraverso una lunga evoluzione giurisprudenziale, la Corte di giustizia ha ribadito l'applicazione di tale principio di autonomia procedurale per consentire al singolo di tutelare dinanzi al giudice nazionale i propri diritti nascenti dall'ordinamento comunitario, in particolare il diritto a vedersi restituito quanto indebitamente percepito dall'amministrazione nazionale in virtù di un'imposta successivamente dichiarata dalla Corte di giustizia incompatibile con il diritto comunitario¹⁶. Il giudice nazionale si è così visto riconoscere il ruolo di «giudice comunitario di diritto comune»¹⁷, rappresentando la sede istituzionale primaria in cui il singolo tutela i propri diritti derivanti dal diritto comunitario¹⁸. Proprio l'esigenza della piena efficacia del diritto comunitario richiede al giudice nazionale di tutelare adeguatamente le situazioni giuridiche soggettive che il singolo fa valere come derivanti da tale diritto¹⁹. Ed il giudice nazionale è tenuto a soddisfare tale richiesta in virtù del principio di

nomy”? CMLR, (34), 1997, p. 1389 ss. Il concetto di autonomia procedurale è distinto da quello più ampio di autonomia istituzionale, secondo l'osservazione di G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 1998, p. 205, per cui l'autonomia procedurale concerne il rispetto delle forme e procedure nazionali, mentre quella istituzionale si risolve nella designazione dei servizi competenti per l'applicazione del diritto comunitario.

¹⁵ V. su tali due esigenze P. GIRERD, *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 38 (1), 2002, p. 75 ss.; per una recente applicazione v. Corte di giustizia, 7 gennaio 2004 in causa n. C-201/02, *Wells*, punti 64-67, non ancora pubblicata.

¹⁶ Cfr. in particolare C. NIZZO, *La ripetizione dell'indebito tra primato del diritto comunitario ed autonomia procedurale*, nota a Corte di giustizia, 22 ottobre 1998 in cause riunite da n. C-10 a n. 22/97, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 185 ss.

¹⁷ Espressione coniata da Tribunale di primo grado, 10 luglio 1990 in causa n. T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1990, II, p. 309, punto 42, su cui v. L. SEVÓN, *Il giudice nazionale come giudice comunitario: il principio dell'autonomia procedurale ed i suoi limiti*, relazione dattiloscritta presentata al convegno internazionale per i cinquant'anni della Corte di giustizia delle Comunità europee, Lussemburgo, 3 dicembre 2002.

¹⁸ Cfr. per un inquadramento generale del fenomeno V. TAVORMINA, *Sulla tutela giurisdizionale dei diritti scaturenti dal trattato istitutivo della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, vol. LVI (II serie), 2001, p. 1033 ss.

¹⁹ Cfr. Sui problemi di applicazione pratica del principio di autonomia procedurale in rapporto a quello di leale cooperazione L. FLYNN, *Taking Remedies too Seriously? National Procedural Autonomy in the European Court of Justice*, in *The Irish Jurist*, vol. XXXI, 1996, *Festschrift G. J. Hand*, p. 110 ss., cui *adde* J. MC KENDRICK, *Modifying Procedural Autonomy: Better Protection for Community Rights*, in *European Review of Private Law*, 4, 2000, p. 565 ss. e il contributo di T. TRIDIMAS, in A. BAVASSO, D. O'KEFFEE (eds), *Judicial Review in the European Union*, essays in honour of Lord Slynn of Hadley, The Hague, Kluwer, 2000.

leale cooperazione di cui all'art. 10 del Trattato CE, pur dovendo rispettare le proprie regole procedurali, sole applicabili in mancanza di una disciplina comunitaria pertinente.

L'originalità e l'importanza della sentenza in commento risiedono nella ricerca dell'equilibrio tra leale cooperazione ed autonomia procedurale non più con riferimento all'operato dell'organo giurisdizionale, ma *riguardo all'attività degli organi amministrativi nazionali*. Infatti, nella pronuncia in esame, la Corte di giustizia ritiene che l'organo amministrativo debba riaprire il procedimento dal momento che le regole procedurali del diritto olandese gli riconoscono tale possibilità²⁰. Tuttavia, la Corte avrebbe potuto *ugualmente* riconoscere l'obbligo del riesame di una decisione definitiva a carico di un'autorità amministrativa nazionale anche nell'assenza di una tale regola procedurale interna. Una soluzione del genere sarebbe stata ugualmente giustificata in quanto volta a soddisfare l'esigenza di piena efficacia del diritto comunitario. In tal modo, il limite di tale obbligo non sarebbe consistito in una regola procedurale nazionale, che, al contrario, va disapplicata se di ostacolo all'effetto utile del diritto comunitario, come già la Corte aveva affermato in *Factortame*²¹. Piuttosto, detto limite sarebbe consistito nel rispetto del principio della certezza del diritto, secondo il quale l'autorità amministrativa nazionale non può rimettere in discussione dei provvedimenti definitivi qualora ciò minacci la stabilità di situazioni giuridiche soggettive definite di terzi, terzi rispetto al soggetto istante e all'amministrazione, ossia, nel caso di specie, rispetto alla Kühne e Heitz e al Productschap²².

Del resto, già nel caso *Emmott*²³, la Corte di giustizia aveva ritenuto che uno Stato membro non potesse opporre al singolo la necessità di rispettare le regole procedurali nazionali, finché non si fosse conformato pienamente ad una direttiva comunitaria, trasponendola correttamente nel proprio ordinamento.

In ogni caso, sebbene il principio di leale cooperazione consacrato all'art. 10 del Trattato CE, in quanto strumentale all'effettiva applicazione del diritto comunitario da parte delle autorità nazionali, contribuisca a far sì che il riesame di una propria decisione definitiva sia obbligatorio per l'organo amministrativo nazionale, non può sfuggire che, per la Corte di giustizia, tale obbligo intanto sussiste in quanto vi sia una puntuale disposizione nazionale procedu-

²⁰ Punto 25 della sentenza.

²¹ Corte di giustizia, 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, *Factortame e a.*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2433 e in questa *Rivista*, 1993, p. 83 con commento di A. VIVIANI, *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*, p. 581.

²² V. per l'obbligo dell'INPS di applicare i principi di effettività e di non discriminazione al momento del calcolo dell'integrazione della pensione del lavoratore migrante, Corte di giustizia, 19 giugno 2003 in causa n. C-34/02, *Sante Pasquini c. INPS*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6515, punti 56 ss. e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 561.

²³ Corte di giustizia, 25 luglio 1991 in causa n. C-208/90, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4269.

rale applicabile al detto organo. La soluzione prospettata dalla Corte consente così di evitare il rischio di *discriminazioni alla rovescia*, rischio che si sarebbe probabilmente presentato se la Corte avesse affermato *incondizionatamente* l'obbligo per l'autorità amministrativa nazionale di riesaminare la propria decisione definitiva. In tale ipotesi, infatti, un soggetto titolare di un diritto derivante dalla norma comunitaria avrebbe avuto il potere di richiedere il riesame della decisione che lo riguardava, essendo obbligata l'amministrazione nazionale a non tenere conto della propria regola procedurale nazionale sul limite al riesame della decisione definitiva, regola che, invece, si sarebbe applicata a un altro soggetto titolare di una situazione giuridica derivante da una norma nazionale.

Peraltro, l'obbligatorietà del riesame per l'autorità amministrativa nazionale è mitigata da alcune cautele, pienamente legittime perché espressione di interessi egualmente tutelati anche a livello comunitario. Così, come già detto, l'esigenza che il diritto nazionale preveda tale potere di riesame è espressione del principio di autonomia procedurale. Inoltre, che la decisione amministrativa da riesaminare sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza è espressione del principio di certezza del diritto. È poi un'applicazione del principio di effettività del diritto comunitario consentire che sussista tale obbligo di riesame quando la contrarietà al diritto comunitario della sentenza del giudice nazionale²⁴ risulti da un'errata interpretazione della norma comunitaria, interpretazione seguita dal giudice nazionale senza aver proposto un rinvio pregiudiziale, e manifestatasi solo grazie ad una pronuncia della Corte di giustizia, a sua volta successiva a quella del giudice nazionale.

Detto obbligo per le amministrazioni nazionali di riesaminare le proprie decisioni è così strumentale all'effetto utile dell'art. 234 del Trattato CE e della procedura pregiudiziale ivi prevista. In tal modo, *alla sentenza pronunciata dalla Corte ad esito di tale procedura è comunque consentito di produrre effetti*, nonostante che una questione pregiudiziale non sia stata sollevata, poiché l'erronea interpretazione del giudice nazionale può essere *superata* dalla successiva interpretazione adottata dall'organo amministrativo in sede di riesame.

4. La precisazione del ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali

Riconoscendo l'obbligo per l'amministrazione nazionale di riesaminare una propria decisione definitiva, con le cautele sopra ricordate, tra cui l'accla-

²⁴ Adottata sulla base di un ricorso contro la decisione divenuta così definitiva.

rata impossibilità di chiedere una pronuncia pregiudiziale, la Corte di giustizia affida *agli organi amministrativi la funzione di garanti dell'uniforme applicazione del diritto comunitario*, al pari delle giurisdizioni nazionali. Nel caso in esame, la Kühne e Heitz potrà nuovamente rivolgersi al Productschap richiedendo ad esso l'interpretazione della norma comunitaria di riferimento e facendo così valere il proprio diritto al rimborso.

Pur nella fisiologica impossibilità di sollevare una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, non essendo una giurisdizione, ogni organo amministrativo sarà così chiamato a valutare la portata di una sentenza pregiudiziale d'interpretazione, intervenuta successivamente al momento in cui la decisione da esso adottata è divenuta definitiva, riesaminando su istanza di parte tale decisione, sempre in presenza degli elementi indicati dalla Corte nella sentenza in commento. L'amministrazione potrà quindi correggere la propria errata interpretazione della norma comunitaria, e apprestare la necessaria tutela alla situazione giuridica fatta valere dal singolo. L'adempimento che l'organo amministrativo nazionale è chiamato a porre in essere è uno dei provvedimenti necessari cui sono chiamate le autorità nazionali per assicurare la piena efficacia del diritto comunitario²⁵.

Nella sentenza qui in commento, la Corte di giustizia non ha stabilito un ennesimo dovere di disapplicazione per l'organo amministrativo nazionale. Essa è andata oltre, obbligando l'organo amministrativo nazionale ad interpretare le proprie regole procedurali nel senso di ritenere consentito il riesame di una propria decisione definitiva, contenente un'interpretazione di una norma comunitaria contraria a quella adottata dalla Corte di giustizia.

La Corte aveva già sancito il dovere dell'organo amministrativo nazionale di disapplicare la norma nazionale incompatibile con la norma comunitaria in *Fratelli Costanzo*²⁶ e in *Larsy*²⁷ e l'aveva ribadito recentemente per le autorità costituzionalmente indipendenti nella sentenza *Consorzio Industrie Fiammiferi*²⁸.

L'affermazione di tale dovere se era fatta riguardo ad un'autorità diversa dal giudice nazionale, ossia il normale diretto interlocutore della Corte comunitaria nel meccanismo di cooperazione del rinvio pregiudiziale, era tuttavia

²⁵ Secondo quanto già ritenuto dalla Corte nella sentenza del 13 luglio 1972 in causa n. 48/71, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1972, p. 529.

²⁶ Corte di giustizia, 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *Fratelli Costanzo*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 e in questa *Rivista*, 1989, p. 607.

²⁷ Corte di giustizia, 28 giugno 2001 in causa n. C-118/00, *Larsy*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5063 e in questa *Rivista*, 2002, p. 688 con commento di S. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, p. 689. Precedenti puntualmente richiamati dall'Avvocato Generale Léger nelle conclusioni depositate il 17 giugno 2003 relative alla sentenza qui in esame, ai punti da 57 a 65.

²⁸ Corte di giustizia, 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, non ancora pubblicata.

limitata quanto all'intensità della facoltà riconosciuta all'organo amministrativo nazionale. Per contro, con la sentenza in esame, la Corte supera questo limite, osservando *non solo che l'organo amministrativo nazionale debba implicitamente disapplicare la regola procedurale nazionale che gli impedisca di riesaminare la decisione ormai divenuta definitiva, ma anche che debba procedere a tale riesame se richiesto, valutando e, soprattutto, applicando al caso posto dinanzi a sé l'interpretazione della norma comunitaria adottata dalla Corte di giustizia e propostagli dal singolo richiedente, interpretazione contenuta in una sentenza pregiudiziale della Corte successiva al momento in cui la decisione dell'organo amministrativo nazionale da riesaminare sia divenuta definitiva.*

Tale ulteriore funzione degli organi amministrativi nazionali ne arricchisce lo statuto comunitario, in quanto autorità vincolate dall'obbligo di leale cooperazione con la Comunità di cui all'art. 10 del Trattato CE. In particolare, con la sentenza in commento, le amministrazioni nazionali degli Stati membri divengono responsabili dell'effetto utile della disciplina del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE, e la Corte aggiunge un'ulteriore precisazione all'efficacia delle sentenze pregiudiziali d'interpretazione.

A tale proposito, è noto che nella sentenza *Defrenne*²⁹, la Corte si riservò la possibilità di limitare il carattere retroattivo delle proprie sentenze pregiudiziali interpretative, per esigenze imperative di certezza del diritto concernenti interessi pubblici o privati. Inoltre, dopo aver stabilito nei casi *Da Costa*³⁰ e *CILFIT*³¹ in quali ipotesi il giudice nazionale di ultima istanza non è tenuto a sollevare la pregiudiziale d'interpretazione, con la sentenza *Kühne e Heitz* la Corte stabilisce che il principio affermato in *Denkavit italiana*³² - per cui l'interpretazione fornita con una propria sentenza pregiudiziale chiarisce il significato della norma dal momento della sua entrata in vigore - comporta l'obbligo, per l'organo amministrativo nazionale, di riesaminare una propria decisione definitiva contraria a una tale interpretazione, qualora ciò sia consentito dal proprio diritto nazionale.

Peraltro, il ruolo del giudice nazionale non viene sminuito dalla sentenza in esame. Così, se vi è un procedimento di riesame, vi potrà essere una decisione finale, a sua volta possibile oggetto di un ricorso giurisdizionale, sede in cui eventualmente sollevare una questione pregiudiziale.

Va poi osservato che dalla sentenza in esame l'azione di responsabilità

²⁹ Corte di giustizia, 8 aprile 1976 in causa 43/75, in *Raccolta*, 1976, p. 455.

³⁰ Corte di giustizia, 27 marzo 1963 in cause riunite n. 28, n. 29 e n. 30/62, in *Raccolta*, 1963, p. 649.

³¹ *Cit. supra*, nota 4.

³² Corte di giustizia, 27 marzo 1980 in causa n. 61/79, in *Raccolta*, 1980, p. 1205, punto 16, confermato in Corte di giustizia, 10 febbraio 2000 in causa n. C-50/96, *Deutsche Telekom*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 743, punto 43.

nei confronti dello Stato membro per violazione del diritto comunitario sembra confermarsi come un rimedio tendenzialmente residuale per la tutela del singolo e la connessa esigenza della piena efficacia del diritto comunitario.

Contrariamente a quanto era stato originariamente richiesto dalla Kühne e Heitz nelle proprie osservazioni nel procedimento pregiudiziale, la Corte non si pronuncia sulla eventuale responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario per fatto del giudice nazionale, segnatamente il College. Di tale richiesta di risarcimento non si ha traccia nel testo, a causa della scelta molto discutibile di non dare adeguatamente conto in questa importante sentenza della posizione delle parti, dei Governi nazionali intervenuti e della Commissione. Si ha tuttavia un sentore di tale questione trattata dal giudice relatore e dall'Avvocato Generale³³, oltre che dal giudice del rinvio, al punto 18 della sentenza, da cui si evince che il giudice del rinvio temeva di avere probabilmente violato il diritto comunitario, segnatamente la giurisprudenza *CILFIT* sulla facoltà del giudice nazionale di ultima istanza di proporre la questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 234, terzo comma, del Trattato CE quando la norma comunitaria sia talmente chiara da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio quanto al suo significato.

Timore tanto più fondato ove si consideri che la Corte nella citata sentenza *Voogd* del 1994, prodotta dalla Kühne e Heitz dinanzi al College, aveva precisato che spettava al giudice nazionale valutare le abitudini del commercio nazionale e i metodi tradizionali di taglio per accertare che la merce esportata fosse corrispondente ad una coscia di pollo oppure no, allo scopo di individuare correttamente la norma comunitaria di classificazione tariffaria corrispondente. Inoltre, nella sentenza *Köbler*³⁴, pubblicata dopo la proposizione del rinvio da parte del College, la Corte aveva ribadito la possibilità di far valere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario anche per il fatto di una giurisdizione di ultimo grado, proprio come il College van Beroep, giudice di rinvio nel caso *Kühne e Heitz*.

Tuttavia, nella pronuncia in esame, forse perché poco convinta dell'adeguatezza della tutela offerta al ricorrente tramite la possibilità di chiedere il risarcimento del danno allo Stato membro per violazione del diritto comunitario per fatto della propria giurisdizione nazionale di ultimo grado³⁵, la Corte di

³³ V. in particolare i punti 19 e 30 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

³⁴ Corte di giustizia, 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Gerhard Köbler c. Repubblica d'Austria*, non ancora pubblicata, massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55, su cui v. il commento di R. CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, n. 1/2004, p. 23 ss.

³⁵ Le difficoltà e gli svantaggi per il singolo derivanti da una tale forma di rimedio affermata dalla Corte di giustizia in *Köbler* sono puntualmente indicati da P. J. WATTEL, *Köbler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this*, *CMLR*, 2004, p. 177 ss., p. 189: 1. la necessità di svolgere un giudizio di valore sull'operato del giudice per vedere se sussiste una violazione grave e manifesta del diritto comunitario; 2. l'esigenza di disporre di un procedimento speciale per ottenere un tale risarcimento; 3. il supplementare carico di lavoro per il giudice nazionale per valutare tale

giustizia non ritiene che un'efficace protezione del diritto della Kühne e Heitz a vedersi restituito quanto indebitamente versato all'autorità nazionale possa aversi solo per equivalente, tramite il risarcimento del danno. Il mancato rinvio pregiudiziale con cui si sarebbe ottenuta per il caso di specie la corretta interpretazione della norma comunitaria di classificazione tariffaria non è di ostacolo a che la Kühne e Heitz abbia ugualmente la possibilità di far valere il proprio diritto alla restituzione, diritto al rimborso di origine comunitaria, poiché derivante da una norma relativa alle restituzioni all'esportazione riguardante l'organizzazione comune dei mercati agricoli e da una norma comunitaria concernente la classificazione tariffaria delle merci destinate all'esportazione verso Paesi terzi.

La Corte modella così un ruolo comunitario anche per le autorità amministrative nazionali, proprio in un momento in cui aumenterà il livello decentrato di applicazione del diritto comunitario, soprattutto nel campo del diritto della concorrenza per mezzo del regolamento n. 1/2003³⁶.

L'esigenza della piena efficacia del diritto comunitario solennemente affermata in *Simmenthal* e *Factortame*³⁷ è così ulteriormente ribadita, attraverso un maggiore ruolo comunitario dell'autorità amministrativa nazionale, che trova il proprio limite nella funzione centrale della Corte di assicurare la coerente interpretazione e applicazione del diritto comunitario. Infatti, la più importante delle cautele con cui i giudici di Lussemburgo hanno mitigato l'obbligo di riesame dell'autorità nazionale è che la contrarietà al diritto comunitario della interpretazione della norma comunitaria contenuta nella decisione amministrativa da riesaminare debba comunque potersi evincere da una sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia.

Giacomo Gattinara*

responsabilità; 4. l'onere economico per il risarcimento che, in ultima istanza, in quanto proveniente dalle risorse dello Stato membro, finirà con il gravare sullo stesso ricorrente-contribuente!

³⁶ Regolamento del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1. V. in questa *Rivista*, 2004, p. 315 ss. il commento di M. TAVASSI, *Il regolamento Ce n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*.

³⁷ Rispettivamente Corte di giustizia, 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal c. Amministrazione delle Finanze*, 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 e Corte di giustizia, *Factortame*, *cit. supra*, nota 21.

* Dottorando di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma.

LA SICUREZZA ALIMENTARE TRA ESIGENZE ECONOMICHE E PROTEZIONE DELLA SALUTE DEI CONSUMATORI

Corte di giustizia

Sentenza del 1° aprile 2004 in causa n. C-286/02*

Bellio F.Ili Srl c. Prefettura di Treviso

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Decisione del Consiglio n. 2000/766/Ce - EST: misure di protezione - Regole di prevenzione e controllo - Presenza di frammenti ossei nella farina di pesce - Catena alimentare dei bovini - Contaminazione incrociata tra mangimi diversi - Irrilevanza del tasso di contaminazione - Legittimità della c.d. «tolleranza zero» - Divieto generale di produzione di farine di pesce.

L'art. 2, n. 2, primo trattino, della decisione del Consiglio 4 dicembre 2000, n. 2000/766/Ce, relativa a talune misure di protezione nei confronti delle encefalopatie spongiformi trasmissibili e la somministrazione di proteine animali nell'alimentazione degli animali, e l'art. 1, n. 1, della decisione della Commissione 29 dicembre 2000, n. 2001/9/Ce, in merito a misure di controllo necessarie per l'attuazione della decisione n. 2000/766, in collegamento con le altre norme comunitarie dalle quali le predette disposizioni derivano, devono essere interpretati nel senso che non ammettono la presenza, benché accidentale, di altre sostanze non autorizzate nella farina di pesce utilizzata nella produzione di mangimi destinati ad animali diversi dai rumi-

* In argomento v. *infra*, p. 507 ss., il commento di VITO RUBINO.

nanti e che non accordano agli operatori economici alcun limite di tolleranza. La distruzione delle partite di farina contaminate è una misura preventiva prevista dall'art. 3, n. 1, della decisione n. 2000/766.

L'art. 13 dell'accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, deve essere interpretato nel senso che non osta alle decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9.

(Omissis) **In diritto**

Fatti, procedimento della causa principale e questioni pregiudiziali

21. Emerge dall'ordinanza di rinvio:

- «che nel gennaio 2000 la Società Bellio importava dalla Norvegia una partita di farina di pesce, successivamente acquistata dal Mangimificio S.A.P.A.S. S.a.s. di S. Miniato (PI) da destinare alla produzione di mangime per l'alimentazione di animali diversi dai ruminanti;

- che dai prelevamenti effettuati sulla farina di pesce presso la S.A.P.A.S. S.a.s. in occasione dei sopralluoghi eseguiti dai competenti Ufficiali di Polizia Giudiziaria del Servizio di Vigilanza Igienico-Sanitaria è stata rilevata la presenza di frammenti ossei di animali di origine non ben identificata, con conseguente sequestro dei quantitativi di farina di pesce forniti dalla ricorrente;

- che una contro-analisi effettuata per conto della Società Bellio ha riscontrato nella farina di pesce un quantitativo di frammenti di tessuto osseo di mammifero in misura inferiore allo 0,1%;

- che la revisione dell'analisi eseguita all'istituto Superiore della Sanità in data 27 settembre 2001 ha confermato la presenza di frammenti ossei;

- che la presenza di frammenti di tessuto osseo di mammifero costituisce il fondamento della sanzione amministrativa che è stata irrogata alla Società Bellio F.lli S.r.l. in base all'art. 17, lett. *a.* e all'art. 22, comma primo e terzo, della legge n. 281 del 15 febbraio 1963 e successive modificazioni ed integrazioni "per aver venduto un mangime semplice, nella fattispecie farina di pesce, presentato e commercializzato in modo da indurre in errore l'acquirente sulla composizione, specie e natura della merce, nonché risultato all'analisi non conforme alle dichiarazioni, indicazioni e denominazioni dell'etichetta e del documento commerciale accompagnante il prodotto", con ordine di confisca e distruzione di n. 36 sacchi di farina di pesce, siccome individuati nel verbale di sequestro n. 17 del 21 febbraio 2001, ed ingiunzione di pagamento della sanzione amministrativa di EURO 18.597,27, nonché opposizione ad ogni altro atto inerente e/o conseguente, procedimentale e/o finale».

22. Adito del ricorso proposto dalla Bellio Fratelli, il Tribunale di Treviso ha deciso che si dovesse fare riferimento alla normativa comunitaria che disciplina l'utilizzo della farina di pesce quale componente dei mangimi per animali per accertare eventuali violazioni in questa materia. Ha quindi ritenuto che le decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9 fossero rilevanti per il caso di specie.

23. Il Tribunale di Treviso ha tuttavia rilevato che, in considerazione del quantitativo di frammenti di tessuto osseo di mammifero riscontrati nella farina di pesce, quest'ultima poteva aver subito una contaminazione accidentale. Pertanto potrebbe

essere applicato il principio generale, accolto dalla normativa comunitaria in diversi settori, dell'accettazione di un limite ragionevole di tolleranza. In caso contrario si imporrebbe il rispetto di una norma tecnica che avrebbe dovuto essere autorizzata dalla Commissione ai sensi della direttiva n. 83/189, come codificata dalla direttiva n. 98/34.

24. Il Tribunale di Treviso ha precisato che, trattandosi di farina di pesce proveniente dalla Norvegia, paese membro del SEE, ad essa erano applicabili i principi comunitari relativi alla libera circolazione delle merci, in base agli artt. 8-16 dell'accordo SEE.

25. Il Tribunale di Treviso ha deciso di sospendere il procedimento e ha proposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 234 CE:

«1. Se l'art. 2, [n.] 2, primo trattino, della decisione (...) n. 2000/766 e l'art. 1, [n.] 1 della decisione (...) n. 2001/9 in collegamento con le altre norme comunitarie dalle quali le predette disposizioni derivano, debbano essere interpretati in modo da far ritenere che nella farina di pesce impiegata nella produzione dei mangimi destinati ad animali diversi dai ruminanti, possa essere considerata sia giuridicamente sia sostanzialmente ammissibile la presenza accidentale di sostanze non previste o non consentite con il conseguente riconoscimento del diritto dell'operatore al rispetto di un limite di tolleranza ragionevole.

2. In caso di risposta affermativa al primo quesito, se alla luce del principio di proporzionalità e del principio di precauzione e in considerazione delle disposizioni comunitarie applicabili nei settori nei quali si fa riferimento alle contaminazioni accidentali dei prodotti agro-alimentari con indicazione dei relativi limiti di tolleranza, debba ritenersi che una contaminazione accidentale pari allo 0,1% e comunque non superiore allo 0,5% consistente in frammenti ossei di mammiferi riscontrati in un quantitativo di farina di pesce destinata alla produzione di mangimi per animali diversi dai ruminanti, sia tale da legittimare l'adozione di una drastica sanzione come quella della distruzione integrale della predetta farina di pesce.

3. Se la pretesa di escludere qualunque limite di tolleranza con riferimento alla presenza delle sostanze indicate nei precedenti quesiti, possa equivalere all'introduzione di una norma tecnica ai sensi della direttiva (...) n. 83/189 (...) che avrebbe dovuto essere notificata preventivamente alla Commissione europea.

4. Se le disposizioni contenute negli artt. 28 e 30 del Trattato CE in tema di libera circolazione delle merci applicabili alla Norvegia in base agli artt. 8-16 dell'[accordo SEE], con riferimento alle disposizioni contenute nella decisione (...) n. 2000/766 e nella decisione (...) n. 2001/9 sopra citate nel quesito n. 1, debbano essere interpretate in modo da escludere che uno Stato membro possa imporre l'osservanza di una tolleranza zero in un'ipotesi uguale a quella descritta nei precedenti quesiti nn. 1 e 2».

(Omissis)

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima, seconda e quarta questione

37. Occorre esaminare unitamente la prima, la seconda e la quarta questione. Con tali questioni, il giudice del rinvio chiede in sostanza se le disposizioni comuni-

tarie sulle farine animali debbano essere applicate con «tolleranza zero» o se la farina di pesce, autorizzata a determinate condizioni, resti commercializzabile anche qualora contenga frammenti di tessuto osseo di mammiferi in proporzione minima e a causa di una contaminazione accidentale verosimile.

(Omissis)

Risposta della Corte

40. Al fine di interpretare le decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9, se ne deve esaminare il testo, la struttura, nonché il contesto e la finalità. Questi ultimi si possono evincere in particolare dai fondamenti giuridici in base ai quali tali decisioni sono state adottate e dai punti dei motivi delle stesse. Infine, si deve tener conto delle pertinenti disposizioni del Trattato.

(Omissis)

46. In considerazione dell'obiettivo di tutela della salute da esse perseguito, tali decisioni devono essere interpretate in senso ampio, e deve essere interpretata restrittivamente l'eccezione da esse prevista in relazione alla farina di pesce.

47. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Bellio Fratelli, non è esatto affermare che le decisioni non conterrebbero alcuna disposizione relativa alla contaminazione accidentale di un prodotto. Infatti, il punto 3 dei motivi della decisione n. 2000/766 riporta il parere del comitato scientifico direttivo del 27-28 novembre 2000 sul rischio di contaminazione incrociata dell'alimentazione bovina. Emerge dalle discussioni tenutesi dinanzi a tale comitato che quest'ultimo definisce la contaminazione incrociata come contaminazione accidentale, che può verificarsi al momento della produzione della materia prima, del trasporto, dello stoccaggio, della produzione degli alimenti o della loro manipolazione nelle fattorie con allevamenti misti, cioè di ruminanti ed altri animali [Report and Scientific Opinion on mammalian derived meat and bone meal forming a cross-contaminant of animal feedstuffs adopted by the Scientific Steering Committee at its meeting of 24-25 September 1998, point 2 (Definitions)].

48. Proprio per evitare una tale contaminazione accidentale la decisione n. 2001/9 contiene, nell'allegato I, disposizioni particolarmente rigide relative alla separazione totale delle catene di produzione, di trasporto e di stoccaggio delle materie prime, ma anche di stoccaggio, trasporto, fabbricazione e condizionamento dei mangimi composti, dato che le farine di pesce non possono venire a contatto con i mangimi preparati per i ruminanti. Tale allegato contiene parimenti disposizioni relative alla pulizia dei veicoli e alla loro ispezione.

49. Il fatto che la farina di pesce fosse stata destinata a suini non giustifica una diversa interpretazione delle decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9. Occorre rilevare che l'art. 2, n. 2, della decisione n. 2000/766 prevede precisamente una tale fattispecie, dato che l'utilizzo della farina di pesce è autorizzato unicamente per animali diversi dai ruminanti. Come esposto dal comitato scientifico direttivo, la contaminazione incrociata di bovini soggetti alla contrazione dell'ESB può verificarsi in ciascuna fase di manipolazione del prodotto, anche se la farina è effettivamente utilizzata per l'alimentazione di animali diversi dai ruminanti.

50. Parimenti, l'ipotesi che i frammenti ossei possano provenire non da ruminan-

ti ma da mammiferi diversi, come le balene o i topi, non è sufficiente a dimostrare che la misura comunitaria sia inappropriata o sproporzionata, in considerazione dei rischi in cui si incorre e delle possibilità di analisi dei prodotti.

51. Poco rilevante è peraltro il fatto che il tasso di contaminazione del prodotto non sia elevato. Infatti si deve ricordare che, ai sensi dell'allegato I, punto 2, della decisione n. 2001/9, le partite di farina di pesce importate sono analizzate in conformità alla direttiva n. 98/88. Orbene, gli esami microscopici previsti da tale direttiva consentono di identificare la presenza di elementi provenienti da mammiferi, in particolare le ossa, ma non consentono di stabilire la quantità di tessuti molli che possono essere presenti nel prodotto.

52. Inoltre, come rammentato al punto 43 della presente sentenza, il comitato scientifico direttivo ha riconosciuto che non gli è stato possibile identificare con precisione la dose minima di materiale infetto necessaria a provocare le EST nell'uomo.

53. A tale proposito l'argomento relativo alla normativa sugli OGM non è pertinente né conferente. Infatti, il contesto degli OGM è diverso da quello delle EST, malattie che hanno causato il decesso di numerose persone e a causa delle quali è stato necessario abbattere migliaia di animali. Peraltro, il fatto che la normativa in materia di OGM preveda esplicitamente una soglia *de minimis* dell'1% per la presenza accidentale di OGM non conferma la tesi della Bellio Fratelli, secondo cui ogni normativa comunitaria accetterebbe implicitamente una tolleranza di contaminazione accidentale fintanto che essa non superi l'1%. Infatti, l'indicazione esplicita, in una normativa comunitaria, di una soglia tollerata di contaminazione accidentale può essere interpretata nel senso che la mancata fissazione di tale soglia implica che non è tollerata alcuna contaminazione accidentale.

54. Per quanto riguarda la distruzione delle partite contaminate, occorre constatare che si tratta di una misura prevista dall'art. 3, n. 1, della decisione n. 2000/766. Una partita contaminata deve essere infatti considerata inidonea alla consumazione e deve essere eventualmente distrutta prendendo tutte le precauzioni necessarie per evitare la contaminazione dell'ambiente. È sufficiente, a tale proposito, rilevare che il rischio di contaminazione dell'ambiente fa parte dei rischi presi in considerazione dal comitato scientifico direttivo nel suo parere del 27-28 novembre 2000 (v. punto 3 di tale parere).

55. Ne consegue che la distruzione non può essere considerata come sanzione, bensì come misura preventiva prevista dal diritto comunitario, che non lascia, a tale proposito, alcun potere discrezionale agli Stati membri.

56. Alla luce di tali considerazioni, alle questioni poste si deve rispondere dichiarando che gli artt. 2, n. 2, primo trattino, della decisione n. 2000/766 e 1, n. 1, della decisione n. 2001/9, in collegamento con le altre norme comunitarie dalle quali le predette disposizioni derivano, devono essere interpretati nel senso che non ammettono la presenza, benché accidentale, di sostanze non autorizzate nella farina di pesce utilizzata nella produzione di mangimi destinati ad animali diversi dai ruminanti e che non accordano agli operatori economici alcun limite di tolleranza. La distruzione delle partite di farina contaminate è una misura preventiva prevista dall'art. 3, n. 1, della decisione n. 2000/766.

57. Per quanto riguarda la questione se tali disposizioni possano essere giustificate sulla base dell'art. 13 dell'accordo SEE, si deve rammentare che compete alle parti contraenti, in mancanza di armonizzazione e laddove sussistano incertezze allo

stato attuale della ricerca scientifica, decidere il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute delle persone, tenendo conto degli imperativi fondamentali del diritto del SEE, e in particolare della libera circolazione delle merci nel SEE (v. sentenza della Corte AELS 5 aprile 2001, EFTA *Surveillance Authority/Norway*, E3/00, EFTA Court Report 2000-2001, p. 73, punto 25; v. a tale proposito, in materia di libera circolazione delle merci nella Comunità, sentenze 14 luglio 1983 in causa n. 174/82, *Sandoz*, in *Raccolta*, p. 2445, punto 16; 23 settembre 2003 in causa n. C-192/01, *Commissione c. Danimarca*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 42 e 5 febbraio 2004 in causa n. C-24/00, *Commissione c. Francia*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 49).

58. Ciò significa che la decisione di gestione del rischio compete a ciascuna parte contraente, la quale dispone di un potere discrezionale per determinare il livello di rischio che essa ritiene adeguato. Ciascuna parte può quindi invocare il principio di precauzione, secondo cui è sufficiente dimostrare che sussiste in ambito scientifico una pertinente incertezza relativa al rischio di cui trattasi. Tale potere discrezionale è, nondimeno, soggetto al controllo del giudice (sentenza EFTA *Surveillance Authority/Norway*, *cit.*, punto 25).

59. Le misure adottate da una parte contraente devono essere basate su dati scientifici; devono essere proporzionate, non discriminatorie, trasparenti e coerenti rispetto a misure simili già adottate (sentenza EFTA *Surveillance Authority/Norway*, *cit.*, punto 26).

60. Così, anche se si riconosce la necessità di tutelare la salute come preoccupazione principale, il principio di proporzionalità deve essere rispettato (v. in tal senso, sentenza EFTA *Surveillance Authority/Norway*, *cit.*, punto 27).

61. Nel caso di specie le misure adottate rientravano nell'ambito di una legislazione coerente il cui obiettivo è la lotta alle EST. Esse sono state prese su consiglio di esperti in possesso di dati scientifici rilevanti e sono indistintamente applicabili a tutta la farina di pesce che possa essere utilizzata nella Comunità. Viste le considerazioni svolte ai punti 40-56 della presente sentenza, tali misure non violano il principio di proporzionalità del diritto del SEE.

62. Ne consegue che tali misure sono giustificate dalla tutela della salute delle persone e degli animali ai sensi dell'art. 13 dell'accordo SEE. Tale conclusione è avvalorata dal fatto che, il 20 giugno 2003, le decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9 sono state integrate nell'accordo SEE dalla decisione del Comitato misto SEE n. 65/2003.

63. Occorre pertanto rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'art. 13 dell'accordo SEE deve essere interpretato nel senso che non osta alle decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9.

Sulla terza questione

64. Emerge dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio che la terza questione è stata posta per il caso in cui l'esclusione di qualunque limite di tolleranza venisse considerata come misura adottata da uno Stato membro. Poiché ciò non si verifica nel caso in esame, dato che tale esclusione consegue dalla stessa normativa comunitaria, non si deve rispondere a detta questione.

(Omissis)

**LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA CE
FRA «PRECAUZIONE» E «PROPORZIONALITÀ»:
NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA *F.LLI BELLIO***

Sommario: *Premessa - 1. La vicenda - 2. Il principio di precauzione nella legislazione agroalimentare e nella giurisprudenza comunitaria - 3. Il rapporto fra precauzione e proporzionalità nell'SPS Agreement - 4. Sicurezza alimentare e proporzionalità nell'ordinamento della Comunità europea - 5. Conclusioni.*

Premessa

Con la sentenza 1° aprile 2004 *F.lli Bellio* nella causa n. C-286/02¹ la Corte di giustizia Ce torna a pronunciarsi sul rapporto fra il principio di precauzione e la proporzionalità nella legislazione agroalimentare comunitaria, confermando una impostazione rigorosa che più di una perplessità già in precedenza ha destato nella dottrina scientifica e giuridica specialistica.

L'affermazione della ammissibilità nel diritto comunitario di una soglia di tolleranza «zero» per i rischi derivanti dalla alimentazione non comprovati da qualche evidenza scientifica seria sembra infatti confermare lo spostamento della giurisprudenza della Corte in favore di una applicazione rigida del principio di precauzione e sottrarre in alcuni casi la materia della tutela della salute umana nei confronti dei "rischi emergenti" ad un approfondito controllo di proporzionalità.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004 in causa n. C-286/02, *F.lli Bellio srl c. Prefettura di Treviso*, non ancora pubblicata, disponibile su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>.

Scopo del presente lavoro è analizzare, alla luce della sentenza che qui si commenta, il rapporto fra questi due principi nella legislazione in materia di sicurezza alimentare nel quadro comunitario e del commercio internazionale, per evidenziare i possibili profili di contrasto interni ed esterni della scelta applicativa della Corte CE.

1. La vicenda

I fatti che hanno determinato la controversia da cui è scaturita la richiesta di pronuncia della Corte ai sensi dell'art. 234 CE risalgono al 2000, allorché a seguito di una ispezione del servizio di vigilanza igienico-sanitaria presso il mangimificio S.A.P.A.S. srl di S. Miniato (PI) venivano rilevate tracce di frammenti ossei di mammiferi in una partita di farina di pesce importata dalla società F.Ili Bellio srl dalla Norvegia.

Espletata la revisione d'analisi di rito e verificato che la percentuale delle tracce rilevate al microscopio non era superiore allo 0,1 % veniva disposta dal Prefetto la distruzione della partita di farina già sequestrata ed irrogata ai sensi dell'art. 17, lett. a., e 22 della legge n. 281 del 15 febbraio 1963 una sanzione amministrativa pari a euro 18.597,27, sul presupposto del divieto totale nella legislazione comunitaria e nazionale della presenza di simili contaminanti nei mangimi animali, previsto dalle decisioni n. 2000/766 Ce² e n. 2001/9 Ce³.

Nell'ambito del giudizio di opposizione il Tribunale di Treviso riteneva necessario sottoporre in via pregiudiziale alla Corte di giustizia CE alcune questioni inerenti la corretta interpretazione della c.d. «tolleranza zero» nei confronti dei residui di ossa di mammiferi nelle farine di pesce imposta dalle due decisioni.

In particolare il Tribunale di Treviso chiedeva alla Corte di chiarire:

1. se l'art. 2, primo trattino, della decisione n. 2000/766 e l'art. 1, n. 1, della decisione n. 2001/9 in collegamento con le norme comunitarie dalle quali le predette disposizioni derivano, debbano essere interpretati in modo da far ritenere che nella farina di pesce impiegata nella produzione di mangimi destinati ad animali diversi da ruminanti possa essere considerata sia giuridicamente, sia sostanzialmente ammissibile la presenza accidentale di sostanze

² Decisione del Consiglio n. 2000/766 Ce del 4 dicembre 2000 relativa a talune misure di protezione nei confronti delle encefalopatie spongiformi trasmissibili e la somministrazione di proteine animali nell'alimentazione degli animali, in *Guce* n. L 306 del 7 dicembre 2000, p. 32.

³ Decisione della Commissione n. 2001/9 Ce del 29 dicembre 2000 in merito a misure di controllo necessarie per l'attuazione della decisione n. 2000/766/Ce del Consiglio concernente certe misure di protezione relative alle encefalopatie spongiformi trasmissibili e alla somministrazione di proteine animali, in *Guce* n. L 2 del 5 gennaio 2001, p. 32.

non previste o non consentite, con il conseguente riconoscimento del diritto dell'operatore al rispetto di un limite di tolleranza ragionevole;

2. In caso di risposta affermativa al primo quesito, se alla luce del principio di proporzionalità e del principio di precauzione, ed in considerazione delle disposizioni comunitarie applicabili nei settori nei quali si fa riferimento alle contaminazioni accidentali dei prodotti agroalimentari con indicazione dei relativi limiti di tolleranza, debba ritenersi che una contaminazione accidentale pari allo 0,1% e comunque non superiore allo 0,5% consistente in frammenti ossei di mammiferi riscontrati in un quantitativo di farina di pesce destinata alla produzione di mangimi per animali diversi dai ruminanti sia tale da legittimare l'adozione di una drastica sanzione come quella della distruzione integrale della predetta farina di pesce⁴.

La Corte all'udienza del 1° aprile 2004, dopo aver valutato le conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed⁵, così statuiva: 1. l'art. 2, n. 2, primo trattino, della decisione del Consiglio 4 dicembre 2000, n. 2000/766/Ce, (...) e l'art. 1 n. 1 della decisione della Commissione 29 dicembre 2000, n. 2001/9/Ce, (...) in collegamento con le altre norme comunitarie dalle quali le predette disposizioni derivano, devono essere interpretati nel senso che non ammettono la presenza benché accidentale di altre sostanze non autorizzate nella farina di pesce utilizzata nella produzione di mangimi destinati ad animali diversi dai ruminanti, e che non accordano agli operatori economici alcun limite di tolleranza. La distruzione delle partite di farina contaminate è una misura preventiva prevista dall'art. 3, n. 1, della decisione n. 2000/766. 2. L'art. 13 dell'accordo See, del 2 maggio 1992, deve essere interpretato nel senso che non osta alle decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9.

2. Il principio di precauzione nella legislazione agroalimentare e nella giurisprudenza comunitaria

Come è noto «quando la legislazione alimentare è intesa a ridurre, eliminare o evitare un rischio per la salute, le tre componenti interconnesse dell'analisi del rischio, vale a dire la valutazione, gestione e comunicazione del

⁴ Il Tribunale di Treviso ha altresì richiesto alla Corte di chiarire se l'imposizione di una «tolleranza zero» ad opera di una norma interna debba essere considerata una «regola tecnica» da sottoporre al preventivo vaglio della Commissione europea ai sensi della direttiva n. 98/34 Ce, nonché se la disciplina comunitaria in materia di farine di pesce debba essere considerata applicabile anche nell'ambito del SEE. La Corte ha tuttavia risposto sommariamente a tali domande dichiarando pacificamente applicabile la disciplina *de qua* allo Spazio economico europeo sulla base dell'art. 6 dell'accordo SEE, e non applicabile la direttiva n. 98/34 Ce in quanto la norma di diritto interno sarebbe la mera trasposizione delle decisioni comunitarie citate.

⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. A. Geelhoed, presentate il 29 gennaio 2004, pubblicate su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>.

rischio, forniscono una metodologia sistematica per definire provvedimenti, o altri interventi a tutela della salute, efficaci, proporzionati e mirati»⁶.

Le decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9 Ce rappresentano la "scansione tipica" delle prime due fasi attraverso le quali, ai sensi del regolamento n. 178/2002 Ce⁷, è possibile affrontare e gestire correttamente un rischio alimentare.

Con la prima il Consiglio ha infatti identificato, sulla base dei dati scientifici disponibili, un rischio di propagazione della BSE attraverso la contaminazione di mangimi con proteine animali e conseguentemente ha vietato la somministrazione di farine animali per l'alimentazione dei ruminanti.

Con la seconda la Commissione, nella fase della "gestione" delle misure provvisoriamente adottate dal Consiglio, ha stabilito le regole di prevenzione e controllo nella manipolazione, trasporto e somministrazione delle farine di pesce, ritenute ammissibili per l'alimentazione dei non ruminanti.

Entrambe le decisioni sono state adottate sulla base di un quadro di incertezza scientifica, atteso che, come affermato dal Comitato scientifico nel parere del 27-28 novembre 2000 «non è possibile escludere una contaminazione incrociata di mangimi per il bestiame con mangimi destinati ad altri animali e contenenti proteine animali forse contaminate dall'agente ESB», né «identificare la dose minima del materiale infetto atto a provocare la malattia nell'essere umano»⁸.

Il *modus operandi* delle istituzioni comunitarie, specialmente per quanto riguarda le determinazioni di "gestione" del rischio, è stato quindi conformato all'approccio precauzionale, secondo il quale «qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio»⁹.

La definizione dell'approccio precauzionale ai rischi alimentari è contenuta nell'art. 7 del regolamento n. 178/2002 Ce che, nei suoi elementi fondamentali, non differisce nettamente da quanto stabilito a livello internazionale, ove il principio è nato e si è sviluppato¹⁰, fondandosi sugli elementi della

⁶ Cfr. 17° *considerando* introduttivo del regolamento n. 178/2002 Ce.

⁷ Regolamento n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1.

⁸ Cfr. punto 43 della decisione.

⁹ Cfr. art. 7, comma 1, regolamento n. 178/2002 Ce.

¹⁰ Come è noto il principio di precauzione è nato nell'ambito del diritto internazionale dell'ambiente, quale criterio per evitare l'inazione degli Stati di fronte ad un rischio potenziale non ancora dimostrato, ed ha trovato poi accoglimento nell'art. 174 CE fra i principi che presiedono all'attua-

incertezza scientifica a fronte di un rischio potenziale grave (art. 7, comma 1 regolamento n. 178/2002 Ce), sulla adozione di misure cautelari connotate dai caratteri della provvisorietà e proporzionalità (art. 7, comma 1- 2) e destinate a periodica e ravvicinata revisione in funzione delle nuove acquisizioni scientifiche (art. 7, comma 2).

L'importanza dei parametri così delineati si riscontra anche nella Comunicazione sul principio di precauzione¹¹ della Commissione europea, ove si afferma che «l'attuazione di una strategia di precauzione dovrebbe iniziare con una valutazione scientifica quanto più completa possibile, identificando in ciascuna fase il grado di incertezza scientifica. (...) Il principio di precauzione non può in nessun caso legittimare l'adozione di decisioni arbitrarie. Una valutazione di dati scientifici relativi ai rischi è un elemento necessario per ricorrere al principio di precauzione. La decisione di effettuare tale valutazione senza aspettare nuove informazioni è collegata ad una percezione meno teorica e più concreta del rischio».

Tuttavia la impostazione comunitaria si discosta dagli *standard* applicativi internazionali del menzionato principio quanto al fondamento della discrezionalità attribuito alle istituzioni comunitarie nella decisione delle misure da adottare.

Ed infatti nella Comunità europea questa comporta una valutazione molto ampia e «comprende considerazioni non economiche, quali l'efficacia delle possibili azioni e la loro accettabilità da parte del pubblico»¹² anche in considerazione del fatto che «i responsabili, posti di fronte ad un rischio inaccettabile, all'incertezza scientifica e alle preoccupazioni della popolazione, hanno il dovere di trovare risposte»¹³, di modo che «è legittimo prendere in conside-

zione della politica ambientale comunitaria, ove lo stesso è menzionato ma non definito. In dottrina si è discusso molto se il principio di precauzione potesse ascrivere ai principi di diritto internazionale consuetudinario o fosse piuttosto una evoluzione positivizzata del più noto principio di prevenzione. Non essendo questa la sede opportuna per approfondire questi aspetti basti ricordare che di esso si trova traccia espressa a partire dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 sull'ambiente e lo sviluppo (principio n. 15), nonché – fra le altre – nella Convenzione quadro della Nazioni Unite sui cambiamenti climatici conclusa a New York il 9 maggio 1992 (art. 3, comma 3), e nella Convenzione di Helsinki del 7 maggio 1992 sulla protezione e l'utilizzo dei Corsi d'acqua transfrontalieri (art. 10, n. 6).

Il principio di precauzione trova accoglimento anche nell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie allegato al Trattato di Marrakesh che ha istituito l'OMC, ove è previsto, senza citarlo espressamente, dall'art. 5.7. Per un approfondito commento in dottrina si rinvia a G. COSCIA, *Il principio di precauzione: diritto internazionale e comunitario a confronto*, in *Alimenta*, n. 9/2003 p. 175 ss.; P. BORGHI, *Il principio di Precauzione fra diritto comunitario e Accordo SPS*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria e dell'Ambiente*, n. 10/2003, p. 535 ss.; P. PALLARO, *Il principio di precauzione tra mercato interno e commercio internazionale: un'analisi del suo ruolo e del suo contenuto nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 15.

¹¹ COM (2000) 1 def., del 2 febbraio 2002, disponibile su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>.

¹² Cfr. Comunicazione della Commissione, *loc. cit.*, p. 4.

¹³ Cfr. Comunicazione della Commissione, *loc. ult. cit.*, p. 3. Il Consiglio europeo di Nizza nel dicembre del 2000 ha adottato una risoluzione in cui specifica i limiti applicativi del principio di precauzione (Allegato III alle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Nizza del 7-9

razione altri fattori pertinenti, tra i quali aspetti di natura societale, economica, tradizionale, etica e ambientale»¹⁴.

L'orientamento è in gran parte condiviso dalla giurisprudenza della Corte che, nel valutare le scelte delle istituzioni comunitarie di gestione dei rischi alimentari emergenti, fa costante riferimento al parametro della gravità più che alla probabilità dell'evento, così tralasciando – come detto – un elemento essenziale della costruzione di una corretta valutazione dei possibili effetti nocivi per la salute.

Nella sentenza 5 maggio 1998, *Regno Unito c. Commissione*¹⁵, la Corte ha stabilito che «si deve ammettere che quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi».

La Corte fa cioè osservare che il legislatore è legittimato ad intervenire precauzionalmente con misure limitative delle libertà economiche fondamentali anche solo per effetto della incertezza sulla esistenza di un rischio rilevante¹⁶, senza attribuire alcuna considerazione alla "consistenza" dell'ipotesi, così fondandosi su di una valutazione del rischio quantomeno incompleta.

Similmente nel caso *Alpharma*¹⁷ il Tribunale di primo grado, riconoscendo la necessità di ricondurre ad equilibrio i contrapposti interessi della tutela della salute dei consumatori e della libera circolazione delle merci, conclude comunque che «la sola esistenza di un rischio identificato è sufficiente perché possa essere tenuto conto, nel bilanciamento degli interessi, della protezione della salute umana», di talché «alle esigenze di protezione della salute umana deve essere ricondotta una importanza preponderante in rapporto alle condizioni economiche»¹⁸.

dicembre 2000 «Risoluzione del Consiglio sul ricorso al principio di precauzione», disponibile su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>). I contenuti non si discostano nella sostanza da quanto in precedenza affermato dalla Commissione, ed anzi, in merito alla valutazione dell'opinione pubblica nei casi di incertezza scientifica specifica che «une attention particulière doit être accordée à la consultation de toutes les parties intéressées à un stade aussi précoce que possible».

¹⁴ Cfr. 19° *considerando* introduttivo del regolamento n. 178/2002 Ce.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1998 in causa n. C-180/96, *Regno Unito c. Commissione CE*, in *Raccolta*, 1998, I, punto 99.

¹⁶ Ovverosia «allorquando la malattia è suscettibile di costituire un rischio grave o i rischi individuati presentano un grado di gravità sufficiente per la sanità pubblica per affermare che la Commissione non ha manifestamente oltrepassato i limiti del suo potere discrezionale» (punto 40 della decisione). Sul principio di precauzione come «eccezione» alla applicazione del diritto comune della CE si veda P. ICARD, *Le principe de précaution: exception à l'application du droit communautaire?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, p. 471 ss.

¹⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 settembre 2002 in causa n. T-70/99, *Alpharma c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3495 ss.

¹⁸ Nella giurisprudenza più recente è possibile rintracciare la medesima posizione in molte altre pronunce del Tribunale e della Corte, in cui, fra l'altro, la Corte ha ammesso in alcuni casi la legittimità di azioni precauzionali anche oltre i limiti posti dal dato scientifico stesso. Si veda sul punto a titolo esemplificativo la sentenza del Tribunale di primo grado del 26 novembre 2002 in cause

Nella vicenda che qui si commenta la Corte, ai punti 48-51, respinge le obiezioni più rilevanti (esistenza nella normativa vigente di disposizioni precauzionali sufficienti ad evitare il rischio di contaminazioni incrociate, ed impossibilità di determinare con certezza la natura dei frammenti ossei rinvenuti, che potevano appartenere a balene o topi), e riferendosi costantemente alla gravità del rischio BSE per l'uomo (punti 52-54), si limita ad osservare che «l'ipotesi che i frammenti ossei possano provenire non da ruminanti ma da mammiferi diversi quali balene o topi, non è sufficiente a dimostrare che la misura comunitaria sia inappropriata o sproporzionata, *in considerazione dei rischi in cui si incorre* [corsivo aggiunto] e delle possibilità di analisi dei prodotti».

L'erronea valutazione del rischio, fondata su di una discrezionalità politica "sganciata" da parametri assoggettati al controllo giurisdizionale, determina nella sostanza la creazione di un ambito del diritto comunitario che non risponde più o risponde poco ai criteri generali posti dal Trattato o acquisiti come patrimonio giuridico della CE, con particolare riferimento ai principi di legalità ed equità.

Il che fra l'altro, oltre a non rispettare l'inquadramento posto dal regolamento n. 178/2002 Ce, è altresì in contrasto con quanto affermato nell'ambito dell'OMC in materia di controllo di proporzionalità sull'applicazione del principio di precauzione.

3. Il rapporto fra precauzione e proporzionalità nell'SPS Agreement

È stato giustamente osservato che il testo dell'SPS Agreement è «volutamente ambiguo, perché rispecchia la diatriba fra chi, come gli U.S.A., vuole limitare il più possibile le misure fitosanitarie poste a protezione della salute e chi, come la Comunità europea, rivendica il proprio diritto a stabilire nell'incertezza scientifica la propria soglia di tutela»¹⁹.

riunite n. T-74/00, n. T-76/00, n. T-83/00, n. T-132/00, n. T-137/00 e n. T-141/00, *Artegoda GmbH e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 4945 ss. e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 551, ove, dopo aver ribadito che «la scelta di ricorrere o di non ricorrere al principio di precauzione dipende generalmente dal livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale», il Tribunale si richiama alla pronuncia della Corte del 24 novembre 1993 in causa n. C-405/92, *Etablissement Armand Mondiet SA c. Armement Islais SARL*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6133 ove al punto 31 si legge: «le misure di conservazione delle risorse della pesca non devono essere pienamente conformi ai pareri scientifici e la mancanza, o la natura non probante di detto parere non deve impedire al Consiglio di adottare le misure da esso ritenute indispensabili».

¹⁹ Cfr. S. P. QUINTILLAN, *Free Trade, Public Health Protection and Consumer Information in the European and WTO Context*, in *Journal of World Trade*, vol. 33, n. 4, August 1999, p. 147 ss.

La giurisprudenza sviluppatasi nell'ambito dell'OMC negli ultimi anni sull'applicazione da parte degli Stati membri della clausola di salvaguardia prevista dall'art. 5.7 dell'SPS Agreement sembrerebbe tuttavia introdurre un punto di equilibrio maggiormente rispettoso dei contrapposti interessi rispetto a quello sino ad oggi individuato dalla Corte di giustizia CE, e che non pare fuori luogo auspicare venga recepito dal diritto comunitario con una futura evoluzione giurisprudenziale.

Nel noto caso della «carne agli ormoni» il Panel WTO²⁰ ha chiarito che, pur riconoscendo l'SPS Agreement il diritto di ciascun Membro di scegliere il proprio livello di tutela della salute anche in deroga agli *standard* internazionali, nell'attuazione di tale diritto gli Stati sono tenuti al rispetto di tutti gli altri parametri di garanzia posti dall'Accordo in materia di misure sanitarie e fitosanitarie.

Fra questi è stata riconosciuta massima importanza all'obbligo ex art. 5 di basare le proprie scelte su di una adeguata valutazione del rischio e, ex art. 2.2, su di una «sufficient scientific evidence»²¹.

L'*Appellate Body* nel giudizio di secondo grado del caso "ormoni" ha stabilito che entrambi questi aspetti «are essential for the maintenance of the delicate and carefully negotiated balance in the SPS Agreement between the shared, but sometimes competing interests of promoting international trade and protecting the life and health of human beings»²².

Il concetto di valutazione del rischio è definito dallo stesso par. 4 dell'allegato "A" dell'SPS Agreement, come la «valutazione del grado di probabilità del contatto, dell'insediamento o della diffusione di un parassita o di una malattia nell'ambito territoriale di un membro importatore secondo le misure fitosanitarie che si potrebbero applicare, nonché delle potenziali conseguenze sul piano economico, o valutazione della possibilità di effetti negativi sulla salute dell'uomo (...) derivanti dalla presenza di additivi, contaminanti, tossine o agenti patogeni negli alimenti o nelle bevande».

Come notato dall'*Appellate Body*, nonostante la certezza assoluta non sia scientificamente raggiungibile, «the Panel has used the term "scientifically identified risk" to indicate implicitly that a certain magnitude or threshold level of risk should be demonstrated in a risk assessment if an SPS measure

²⁰ Report del Panel «*EC measures concerning meat and meat products (hormones)*», WT/DS26/R/USA del 18 agosto 1997 disponibile su internet all'indirizzo <http://www.wto.org>.

²¹ La disamina dovrebbe spingersi nell'analisi dettagliata dei requisiti imposti dagli artt. 2, 5 e 6 dell'*SPS Agreement*, per i quali a ragione della mancanza di spazio, non può che rinviarsi ad altra sede. Per maggiori approfondimenti sui parametri di legittimità dell'applicazione del principio di precauzione elaborati dalla giurisprudenza dell'OMC mi consento comunque rinviare alle citazioni bibliografiche già inserite nel *Commento alla sentenza Hahn: limiti alla fissazione di una tolleranza zero nei prodotti alimentari con riferimento al diritto comunitario e alla luce degli Accordi OMC*, in questa *Rivista*, 2003, p. 309 ss.

²² *Appellate Report in EC measures concerning meat and meat products (hormones)*, del 16 gennaio 1998, WT/DS26/AB/R disponibile su internet all'indirizzo <http://www.wto.org>

based on it is to be regarded as consistent with Article 5.1»²³.

Nel caso *Japan – agricultural Products II*²⁴ l'*Appellate Body* ha stabilito in particolare che l'art. 5.7 definisce quattro requisiti che devono essere soddisfatti per adottare e mantenere una misura SPS temporanea di tipo precauzionale:

- l'incertezza scientifica nell'ambito concreto cui ci si riferisce;
- l'adozione della misura sulla base delle pertinenti informazioni disponibili al momento dell'adozione;
- l'attività di continuo aggiornamento e monitoraggio delle informazioni durante tutto il periodo di mantenimento della misura SPS, al fine di aggiornare continuamente la valutazione del rischio;
- la revisione periodica delle misure entro un lasso di tempo ragionevole²⁵.

Gli elementi indicati devono essere tutti presenti nello stesso momento²⁶: la mancanza anche di uno solo di essi infatti renderebbe illegittimo il ricorso al principio di precauzione per inidoneità della valutazione del rischio sottostante²⁷.

In altre parole l'Organo di appello del WTO ha rigettato l'impostazione dei Membri che, come la Comunità europea, tendono ad invertire l'onere della prova e costringere chi voglia commercializzare un prodotto alla *probatio diabolica* della inoffensività dello stesso, resa pressoché impossibile dalla esistenza di margini di incertezza scientifica più o meno ampi in ogni caso concreto²⁸, riconoscendo al contrario che è compito del Membro che intenda adottare misure precauzionali dimostrare la loro "ragionevolezza" mediante il riferimento a valutazioni scientifiche non meramente ipotetiche o assolutamente incerte.

Solo così le misure adottate potranno dirsi "proporzionate all'obiettivo", e dunque legittime anche sul piano del commercio internazionale.

Quanto poi al significato del termine «relevant scientific evidence» esso è stato ancorato alla *oggettività ed alla concretezza minima dei dati disponibili* per adottare decisioni in molte pronunce, fra cui i noti casi delle misure restrittive all'importazione di salmoni in Australia²⁹, delle misure in materia di

²³ Sul punto si veda S. P. QUINTILLAN, *Free Trade*, cit. supra, nota 19, p. 163.

²⁴ Cfr. *Appellate Body Report, Japan, measures affecting agricultural products*, WT/DS76/AB/R del 19 marzo 1999, par. 89, disponibile sul sito del WTO, <http://www.wto.org>

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Cfr. nota precedente, par. 176-177-178.

²⁷ *Appellate Body Report*, WT/DS245/AB/R del 26 novembre 2003, par. 176-177-178, disponibile sul sito del WTO, <http://www.wto.org>

²⁸ P. BORGHI nel suo scritto *Il principio di precauzione*, cit. supra, nota 10, fa riferimento a p. 541 alla trasformazione del «normale limite della conoscenza scientifica in una *presunzione iuris et de iure* dell'esistenza di un rischio».

²⁹ *Appellate Body Report, Australia – measures affecting importation of salmon*, WT/DS18/AB/R del 6 novembre 1998, DSR 1998, VIII, p. 3327 ss.

amianto nella Comunità europea³⁰, delle restrizioni in materia di importazione di prodotti agricoli³¹ e di mele in Giappone³², nonché nella più recente giurisprudenza in materia³³, sempre riferita agli ostacoli nella importazione di prodotti ortofrutticoli.

L'*Appellate Body* nel caso delle "mele" in Giappone ha affermato che «relevant scientific evidence will be insufficient within the meaning of article 5.7 if the body of available scientific evidence does not allow, in quantitative or qualitative terms, the performance of an adequate assessment of risks as required under article 5.1 and as defined in annex A to the SPS Agreement. Thus, the question is not whether there is sufficient evidence of a general nature or whether there is sufficient evidence related to a specific aspect of a phytosanitary problem, or a specific risk. The question is whether the relevant evidence, be it general or specific, in the Panel parlance, is sufficient to permit the evaluation of the likelihood of entry, establishment or spread of, in this case, fire blight in Japan»³⁴.

Si tratta a tutta evidenza di una soluzione che, pur lasciando un certo margine di operatività alla discrezionalità istituzionale in frangenti connotati da una notevole incertezza, consente quantomeno di "procedimentalizzare" le decisioni, e, assoggettandole al rispetto di alcuni parametri ben delineati, di valutarne con maggiore precisione la legittimità in sede di contenzioso.

Il che pare, allo stato, l'unica soluzione di compromesso accettabile fra le contrapposte esigenze di tutela della salute e libertà economica.

4. Sicurezza alimentare e proporzionalità nell'ordinamento della Comunità europea

I quesiti rivolti dal Tribunale di Treviso in ordine alla possibile sussistenza di un «margine di apprezzamento» del giudice sull'applicazione del «parametro 0» portato dalle misure di gestione del rischio (decisione n. 2001/9 Ce *in primis*) hanno investito anche l'aspetto della proporzionalità delle norme, ribadito come obbligatorio anche in caso di applicazione del principio di precauzione dall'art. 7 del regolamento n. 178/2002 Ce.

³⁰ *Appellate Body Report, European Communities – measures affecting asbestos and asbestos containing products*, WT/DS135/AB/R, del 5 aprile 2001, disponibile sul sito del WTO, <http://www.wto.org>.

³¹ *Appellate Body Report, Japan, measures affecting agricultural products*, *cit. supra*, nota 24.

³² *Panel Report, Japan, measures affecting importation of apples*, WS/DS245R del 15 luglio 2003.

³³ *Appellate Body Report, WT/DS245/AB/R* del 26 novembre 2003, *cit. supra*, nota 27.

³⁴ *A.B. Report*, punto 179.

Sebbene il Tribunale del rinvio non abbia espressamente richiesto alla Corte di pronunciarsi sulla validità delle misure di gestione del rischio adottate da Consiglio e Commissione, limitandosi a chiederne una interpretazione autentica, il Giudice comunitario ha ritenuto di dover affrontare più in generale la questione della proporzionalità della misura zero per decidere se vi fosse margine di flessibilità nella sua applicazione. Così facendo la Corte ha esteso indirettamente il suo sindacato anche al profilo della legittimità delle decisioni del Consiglio e della Commissione³⁵.

Disciplinando il rapporto fra libera circolazione delle merci e tutela della genuinità/salubrità dei cibi la Comunità ha sempre fatto ricorso al principio di proporzionalità quale criterio di bilanciamento delle contrapposte esigenze economiche e di tutela dei consumatori.

Il principio di proporzionalità, sancito dall'art. 5 CE³⁶, rappresenta infatti un mezzo per misurare l'intensità del potere esercitato dall'autorità nel perseguimento dell'interesse generale³⁷, e, come più volte ha sottolineato la Corte di giustizia, esso «anche se si riconosce la necessità di tutelare la salute come preoccupazione principale (...) deve essere rispettato»³⁸.

Nel definire la proporzionalità come «ragionevolezza» dell'utilizzo dei poteri conferiti all'Alta Autorità dal Trattato Ceca la Corte ha affermato che «in applicazione di una norma giuridica (...) la reazione dell'Alta Autorità ad

³⁵ Ai sensi dell'art. 234, comma 2, CE la Corte è competente a pronunciarsi «sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità (...)» ma deve esservi espressa richiesta dell'organo giudicante che ha disposto il rinvio. Nondimeno è prassi giurisprudenziale nota che la Corte, ove lo ritenga necessario ai fini del giudizio, possa estendere le proprie valutazioni anche a questioni correlate ma non direttamente contenute nel quesito del rinvio. Sul punto si vedano fra le altre le sentenze della Corte 4 dicembre 1980 in causa n. 54/80, *Proc. della Repubblica c. Wilner*, e 29 novembre 1978 in causa n. 83/78, *Pigs Marketing Board*, in *Raccolta*, 1978, p. 2347, punto 25. In dottrina F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 367; U. DRAETTA, *Elementi di Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1999; G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2001, p. 270.

³⁶ L'art. 5 CE così recita: «La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della 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 o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato».

³⁷ Sul punto M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, *passim*. Il criterio della proporzionalità nell'esercizio delle prerogative delle istituzioni comunitarie è stato inizialmente riconosciuto nell'ordinamento comunitario per via giurisprudenziale, avendolo la Corte di giustizia mutuato come principio generale di diritto comunitario non scritto di derivazione nazionale (ordinamenti degli Stati membri, con particolare riferimento all'ordinamento tedesco), ed internazionale. Nell'ambito nazionale la proporzionalità opera principalmente come espressione del principio di legalità, presente in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati democratici, mentre nel quadro del diritto internazionale opera *in primis* come divieto di abuso di un diritto esistente, ovvero sia come «espressione concreta di quel principio di equità che informa ormai tutti i settori della vita di relazioni internazionali».

³⁸ Cfr. il punto 60 della sentenza che qui si commenta. Si veda anche il punto 27 della sentenza della Corte AELS del 5 aprile 2001 nella causa n. E-3/00 *EFTA Surveillance Authority c. Norway*, in *EFTA Court Report 2000-2001*, p. 73 ss.

un atto illecito delle imprese deve essere commisurata all'atto stesso»³⁹, nel senso che «il pregiudizio arrecato agli interessi dei privati deve essere ragionevole, cioè a dire costituire il giusto compromesso nella valutazione dei diversi interessi in gioco»⁴⁰.

Conseguentemente l'istituzione comunitaria secondo la Corte è chiamata ad «agire con la moderazione e la ponderazione necessaria a valutare gli interessi contrapposti in modo da evitare di adottare misure che producono danni ingiustificati»⁴¹.

Benché l'art. 5 CE come formulato dal TUE paia accreditare una visione della proporzionalità in termini di sola "necessità", la giurisprudenza più recente ha comunque per lo più continuato a fare riferimento ai tre parametri tradizionali del principio elaborati nell'ordinamento tedesco (congruità/idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto), affermando che «in forza del principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, la legittimità del divieto di una attività economica è subordinata alla condizione che il provvedimento sia idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate si deve ricorrere alla meno restrittiva, e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti»⁴².

In ordine al primo parametro (congruità/idoneità) la Corte ha più volte ribadito che «il legislatore comunitario dispone in materia di politica agricola comune di un potere discrezionale corrispondente alle responsabilità politiche che gli artt. 39-40 del Trattato gli attribuiscono. Di conseguenza solo la manifesta inidoneità di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento».

Nel caso che qui si commenta la Corte ha concentrato le sue considerazioni su questo aspetto, concludendo che, in assenza di una simile manifestazione di inconferenza non è possibile censurare la meritevolezza delle norme adottate dal Consiglio e dalla Commissione.

³⁹ Cfr. sentenza della Corte del 29 novembre 1956 in causa n. 8/55, in *Raccolta*, 1955-1956, p. 298.

⁴⁰ Cfr. sentenza della Corte del 12 giugno 1958 in causa n. 15/57, *Compagnie des Hauts Forneaux de Chasse c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1957-1958, p. 157 ss. Si veda anche la sentenza 13 luglio 1962 in causa 19/61, *S.A. Mannesmann c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1962, p. 655, pubblicata anche in AA. VV. (a cura di P. MENGZZI), *Casi e Materiali di Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 1998, p. 613.

⁴¹ Cfr. sentenza della Corte del 5 maggio 1998 in causa n. C-157/96, *The Queen e a. c. National Farmer's Union*, in *Raccolta*, 1998, punto 60.

⁴² Cfr. sentenza della Corte del 13 novembre 1990 in causa n. 331/88, *Fedesa e a.*, in *Raccolta*, 1990, p. 4023 ss.

Tuttavia, poiché, come detto, la materia investe anche e principalmente la tutela della salute dei consumatori, il Giudice comunitario avrebbe comunque potuto approfondire il suo giudizio anche agli altri parametri di valutazione della proporzionalità dell'operato delle istituzioni comunitarie, esaminando le motivazioni essenziali in base alle quali è stata imposta la «tolleranza zero» nel caso di specie, per determinare se tale imposizione fosse legittima e se in conseguenza dovesse ritenersi accettabile l'azzeramento del potere del giudice di merito di apprezzare liberamente la pericolosità dei contaminanti riscontrati in concreto.

Le motivazioni della sentenza paiono sul punto piuttosto lacunose, limitandosi la Corte a respingere il parallelo fra la disciplina di specie e la normativa sulle tolleranze negli OGM in quanto disposizioni afferenti a situazioni profondamente diverse⁴³.

Occorre dunque in questa sede approfondire l'analisi tralasciata o solo abbozzata dalla Corte e domandarsi se la c.d. «tolleranza zero» fosse realmente necessaria o non fosse possibile perseguire l'obiettivo della sicurezza della catena alimentare ammettendo comunque un margine di apprezzamento del giudice nel caso concreto⁴⁴.

La Corte al punto 42 delle motivazioni giustifica la necessità di una simile rigidità applicativa rammentando che, anche a parere del Comitato scientifico, il rischio di «*cross contamination*» sussiste in tutte le fasi di produzione-elaborazione-somministrazione di farine animali e non è eliminabile in radice.

Di conseguenza secondo la Corte «il fatto che la farina di pesce fosse stata destinata ai suini non giustifica una diversa interpretazione delle decisioni 2000/766 e 2001/9 CE, (poiché) la contaminazione incrociata (...) può verificarsi in ciascuna fase di manipolazione del prodotto, anche se la farina è effettivamente utilizzata per l'alimentazione di animali diversi dai ruminanti».

⁴³ La Corte affronta il problema nel punto 53, ove si limita ad osservare: «(...) l'argomento relativo alla normativa sugli OGM non è pertinente né conferente. Infatti, il contesto degli OGM è diverso da quello delle EST, malattie che hanno causato il decesso di numerose persone e a causa delle quali è stato necessario abbattere migliaia di animali. Peraltro, il fatto che la normativa in materia di OGM preveda esplicitamente una soglia *de minimis* dell'1% per la presenza accidentale di OGM non conferma la tesi della Bellio Fratelli, secondo cui ogni normativa comunitaria accetterebbe implicitamente una tolleranza di contaminazione accidentale fintanto che essa non superi l'1%. Infatti, l'indicazione esplicita, in una normativa comunitaria, di una soglia tollerata di contaminazione accidentale può essere interpretata nel senso che la mancata fissazione di tale soglia implica che non è tollerata alcuna contaminazione accidentale».

⁴⁴ L'analisi che qui si compirà sarà condotta con riferimento all'unico punto su cui si sono concentrate tanto le osservazioni dell'Avvocato Generale nelle sue conclusioni quanto quelle della Corte nello sviluppo del suo ragionamento: il pericolo di contaminazioni incrociate fra mangimi destinati ad animali diversi. Infatti, nonostante i quesiti rivolti dal Tribunale di Treviso facessero espresso riferimento al fatto che i mangimi oggetto della controversia erano destinati a non ruminanti e la difesa della Bellio abbia molto insistito sul punto sostenendo l'assoluta assenza di casi di BSE in maiali e polli, nonché l'assenza di studi scientifici in materia, la Corte ha eluso la questione, concentrando tutte le sue valutazioni sul pericolo delle c.d. «contaminazioni incrociate», e così almeno indirettamente ha confermato di condividere la tesi della innocuità del prodotto per animali non ruminanti.

Il ragionamento della Corte sembra in primo luogo viziato da un errore logico, che, se applicato in linea generale, porterebbe alla eliminazione dell'intero comparto produttivo delle farine di pesce nella Comunità europea.

Ed infatti al di là della presenza di frammenti ossei nelle farine di pesce che, per effetto della c.d. "contaminazione incrociata", potrebbero entrare nella catena alimentare dei bovini, la Corte non ha considerato che la decisione n. 2000/766 Ce vieta in linea generale l'impiego di tali farine – anche non contaminate – per l'alimentazione dei ruminanti.

Essendo – come afferma la Corte – sempre astrattamente ipotizzabile una contaminazione incrociata fra mangimi diversi, la conclusione ovvia di tale impostazione dovrebbe essere il divieto generale di produzione di farine di pesce, perché in nessun caso risulterebbe ammissibile la presenza accidentale di queste nell'alimentazione dei ruminanti, né potrebbe essere astrattamente eliminato il rischio di contaminazione fra i diversi mangimi. Il che porterebbe alla creazione – tutta pretoria e non giustificata né dal dato normativo né dal contesto di fatto – di una limitazione alla libertà d'impresa che pare oggettivamente stridente con i principi generali che governano il Trattato CE.

Anche volendo comunque limitare l'analisi alle considerazioni della Corte (pericolo «*cross contamination*» in relazione alla sola presenza accidentale di frammenti ossei) l'assunto della sentenza *Bellio* determina comunque l'inutilità assoluta delle rigide prescrizioni poste dalla Commissione europea con la decisione n. 2001/9 Ce e ritenute da questa sufficienti ad evitare proprio le contaminazioni incrociate, esponendo i produttori di farina di pesce al rischio di poter essere sanzionati pur nel più ossequioso rispetto delle prescrizioni dettate dal legislatore europeo.

Nel 4° *considerando* introduttivo della decisione infatti si fa chiaro riferimento alla necessità di «fissare condizioni per assicurare che tali proteine non possano essere usate per fini non autorizzati», il che viene prevenuto mediante l'art. 1 («Gli Stati membri autorizzano la somministrazione di farina di pesce agli animali diversi dai ruminanti soltanto in conformità alle condizioni stabilite dall'allegato I»), l'art. 3 («le proteine animali trasformate devono essere trasportate in contenitori o veicoli coperti, sigillati, in modo da precludere qualsiasi perdita e recapitate direttamente all'impianto che produce i mangimi per gli animali») e l'allegato I che contempla una serie di severissime regole procedurali per la gestione e manipolazione delle farine di pesce volte ad evitare il rischio di contaminazioni incrociate⁴⁵, come la Corte stessa ha

⁴⁵ L'allegato fra l'altro prevede che:

1. la farina di pesce sia prodotta in stabilimenti che non trasformano altre sostanze;
2. sia comunque sempre sottoposta ad analisi prima della sua immissione sul mercato;
3. sia trasportata nelle varie fasi della trasformazione da veicoli che non trasportino altre sostanze ad uso alimentare animale o umano, i quali dovranno comunque essere al termine del trasporto sempre lavati ed ispezionati accuratamente;
4. il trasporto e lo stoccaggio delle farine di pesce deve avvenire comunque in luoghi separati

riconosciuto⁴⁶. Tali prescrizioni, se abbinate ad un sistema di controlli ufficiali efficiente e scrupoloso, dovrebbero garantire sufficientemente la tutela della salute del consumatore e la libertà economica delle imprese che producono farine di pesce.

L'interpretazione della Corte al contrario, basandosi sulla mera ipotesi che in ogni caso tale contaminazione possa verificarsi e rendendo inutili le prescrizioni della decisione della Commissione, costringe di fatto il produttore a scegliere se abbandonare totalmente la produzione, o farsi carico del rischio di una sanzione che, pur nella più corretta e rigida applicazione delle disposizioni di legge, non sarebbe evitabile, anche in considerazione del fatto che, come detto, fra i frammenti ritenuti "proibiti" potrebbero rientrare quelli di animali che nulla hanno a che vedere con il rischio BSE.

In una simile prospettiva c'è quindi da chiedersi se la preoccupazione della Corte per le c.d. «contaminazioni incrociate» possa, alla luce di quanto detto, corrispondere ad un criterio di ragionevolezza e necessità, e se in conseguenza la «tolleranza zero» sia, almeno sotto questo punto di vista, giustificata.

Che d'altra parte il "parametro zero" possa essere considerato eccessivo e scientificamente inverosimile è considerazione condivisa dal Tribunale di primo grado CE in altra occasione⁴⁷, ove espressamente ha commentato: «subordinare il mantenimento dell'autorizzazione di una sostanza alla prova dell'assenza di qualsiasi rischio, anche puramente ipotetico sarebbe contemporaneamente irrealistico – in quanto siffatta prova è di regola impossibile da fornire dal punto di vista scientifico, giacché un livello di "rischio zero" in pratica non esiste – e contrario al principio di proporzionalità».

Quanto alla valutazione comparativa della «proporzionalità in senso stretto» pare poi necessario verificare la coerenza del comportamento del legislatore comunitario in casi simili.

La normativa comunitaria in materia di "sicurezza alimentare" conosce molte eccezioni al principio della tolleranza zero, tanto nei confronti di sostanze certamente tossiche nell'alimentazione umana, quanto nei confronti di contaminanti pericolosi nella alimentazione animale.

rispetto a quelli deputati alla alimentazione dei ruminanti;

5. i mangimi contenenti farine di pesce devono comunque essere etichettati con l'indicazione «contiene farina di pesce – da non somministrare ai ruminanti»;

6. è comunque vietato l'uso o lo stoccaggio di mangimi animali contenenti farine di pesce nelle aziende che tengono, ingrassano o allevano ruminanti per la produzione di alimenti.

⁴⁶ Cfr. punto 48 della decisione.

⁴⁷ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 21 ottobre 2003 in causa n. T-392/02, *Solvay Pharmaceuticals BV c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 130, disponibile su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>. Si vedano anche le sentenze del Tribunale di primo grado 11 settembre 2002 in causa n. T-13/99, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3305 ss., punto 145, e *Alpharm c. Consiglio*, *cit. supra*, nota 17, punto 158.

Basti ricordare il regolamento n. 257/2002 Ce⁴⁸ che fissa il limite massimo per le aflatoossine nei prodotti alimentari destinati al consumo umano, o il regolamento n. 2375/2001 Ce⁴⁹, relativo ai limiti di tolleranza riferiti alle diossine nei prodotti alimentari.

E soprattutto occorre qui richiamare la decisione del Consiglio 19 luglio 1999 n. 1999/534 Ce⁵⁰ ove l'art. 2 par. 1 consente addirittura di utilizzare grassi animali nei mangimi per ruminanti con la presenza di impurità (fra le quali anche i frammenti ossei) pari allo 0,15 % per evidenziare che il parametro "tolleranza zero" non è stato applicato in normative simili e non può quindi essere giustificato sotto il profilo della eguaglianza e quindi della proporzionalità⁵¹ nel caso di specie.

Sulla valutazione della Corte nel caso di specie pare quindi aver eccessivamente pesato l'incertezza espressa dal Comitato scientifico nel parere del novembre 2000 in relazione alla gravità del rischio.

La Corte ha infatti ritenuto di dover ammettere, in una situazione di incertezza scientifica come quella descritta, il ricorso in sede di «gestione del rischio» al principio di precauzione, scoprendo uno degli elementi più controversi nella sua impostazione giurisprudenziale degli ultimi anni: la ritenuta cedevolezza della proporzionalità nell'ambito della applicazione del principio di precauzione, dedotta sulla base della gravità del rischio incombente.

Il principio di precauzione infatti se applicato solo in relazione a questo parametro e non anche alla sua *probabilità* come prescrive lo stesso regolamento n. 178/2002 CE⁵² è capace di incidere sulla valutazione della proporzione fra fini e mezzi spostando il giudizio di legittimità delle misure comunitarie sempre più verso il riconoscimento di una amplissima discrezionalità delle istituzioni comunitarie, e privandolo quindi di quella sua funzione di "garante" del principio di legalità e certezza del diritto nell'ordinamento comunitario.

⁴⁸ Regolamento n. 257/2002 della Commissione, del 12 febbraio 2002, che modifica il regolamento n. 194/97 che stabilisce tenori massimi ammissibili per taluni contaminanti nei prodotti alimentari e il regolamento n. 466/2001 che stabilisce tenori massimi ammissibili per taluni contaminanti nei prodotti alimentari, in *Guce* n. L 41 del 13 febbraio 2002, p. 12.

⁴⁹ Regolamento n. 2375/2001 del Consiglio, del 29 novembre 2001, recante modifica del regolamento n. 466/2001 della Commissione che definisce i tenori massimi di taluni contaminanti presenti nelle derrate alimentari, in *Guce* n. L 321 del 6 dicembre 2001, p. 1.

⁵⁰ Decisione del Consiglio, del 19 luglio 1999, relativa alle misure applicabili al trattamento di taluni rifiuti di origine animale per la protezione dalle encefalopatie spongiformi trasmissibili, e che modifica la decisione 97/735/Ce della Commissione, in *Guce* n. L 204 del 4 agosto 1999, p. 37.

⁵¹ Il principio di eguaglianza quale vincolo insuperabile nell'agire comunitario è utilizzato dalla Corte come parametro di valutazione della legittimità degli atti comunitari. «Proprio al fine di assicurare una giusta tutela dei diritti e delle libertà individuali la Corte stabilisce uno stretto collegamento fra il principio di proporzionalità e quello di eguaglianza, di cui il divieto di discriminazione costituisce una applicazione sia invocando congiuntamente i due principi, sia risolvendo i problemi posti dall'applicazione del principio di eguaglianza alla luce del principio di proporzionalità» (cfr. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit. supra, nota 37, p. 65).

⁵² Il precetto è insito nel concetto stesso di "rischio", definito dall'art. 3 del regolamento n. 178/2002 Ce come «funzione della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute».

Ciò pare peraltro confermato anche dalla giurisprudenza più recente, che ha costantemente ammesso la legittimità degli interventi a tutela della salute fondati, come si diceva, su di un quadro scientifico incerto e su di una incompleta valutazione del rischio, in nome del principio di preminenza della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente sulle considerazioni economiche⁵³.

5. Conclusioni

Le considerazioni svolte tanto sotto il profilo meramente comunitario, quanto nel quadro della disciplina del commercio internazionale ci consentono di trarre alcune conclusioni sulla vicenda che qui interessa.

L'affermazione della legittimità della c.d. «tolleranza zero» nei confronti della possibile contaminazione incrociata fra mangimi destinati all'alimentazione di animali diversi pare oggettivamente sproporzionata all'obiettivo perseguito: essa infatti si basa su di una valutazione del rischio incompleta, non tiene conto delle cautele già imposte dalla stessa decisione che autorizza il commercio delle farine di pesce ed ignora l'esistenza di altre norme che prevedono soglie di tolleranza persino nei mangimi per ruminanti.

La sentenza della Corte che ne ha ribadito la legittimità anche nel caso di specie pare quindi consacrare quell'orientamento giurisprudenziale rinunciatorio nei confronti del possibile controllo di proporzionalità sull'applicazione del principio di precauzione, con la necessaria forte contrazione dei presidi posti dal Trattato CE a difesa delle libertà economiche fondamentali.

Le conseguenze non sono da sottovalutare.

Sul piano "esterno", come detto, l'orientamento normativo e giurisprudenziale descritto rischia di accendere nuovi contrasti nell'ambito dell'OMC che, a meno di un, improbabile, mutamento di giurisprudenza dell'Organo di risoluzione delle controversie, vedrebbe soccombente l'Europa.

Il che si tradurrebbe in un ulteriore svantaggio per le imprese europee: come infatti affermato definitivamente dalla Corte di giustizia CE nella recente sentenza *Biret*⁵⁴ non soltanto è da escludersi l'invocabilità diretta degli

⁵³ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado *Solvay*, cit. supra, nota 47, punto 125 ove si legge: «per quanto riguarda la portata del potere discrezionale dell'istituzione competente si deve notare che, nel caso in cui la valutazione scientifica non consenta di stabilire con sufficiente certezza l'esistenza del rischio, la scelta di ricorrere o non ricorrere al principio di precauzione dipende dal livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale, tenuto conto delle priorità da essa definite in relazione agli obiettivi perseguiti in conformità delle norme pertinenti del Trattato e del diritto derivato. Tale scelta deve tuttavia essere conforme al principio della preminenza della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente (...)». Si veda anche la sentenza *Artegodan GmbH e a. c. Commissione*, cit. supra, nota 18, punto 186.

⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-93/02, *Biret International SA c. Consiglio dell'Unione europea*, disponibile su internet sul sito www.europa.eu.int.

Accordi OMC da parte dei singoli nell'ordinamento comunitario⁵⁵, ma gli effetti penalizzanti che dovessero derivare dalla contrapposizione dei due diversi sistemi giuridici non sono risarcibili e ricadono quindi interamente sulle imprese coinvolte.

Quanto al piano strettamente interno l'accentuarsi della impostazione rigida della Corte in materia di sicurezza alimentare pare poter profilare un nuovo punto di attrito con l'ordinamento italiano.

Come è noto infatti la materia alimentare incide in via principale sul diritto penale, essendo la violazione di molte norme tecniche sulla produzione degli alimenti il "presupposto" per l'integrazione delle fattispecie di reato a presidio dell'incolumità fisica dei consumatori o della lealtà commerciale.

Il riflesso della disciplina comunitaria è dunque strettamente collegato alla possibile limitazione della libertà personale, vuoi per effetto di una condanna a pena detentiva, vuoi per la stessa condanna a pena pecuniaria, suscettibile di conversione in pena detentiva se il condannato non provvede al pagamento della sanzione.

⁵⁵ La pronuncia della Corte mette fine ad una questione molto dibattuta che aveva trovato "nuova linfa" in alcune timide aperture della giurisprudenza comunitaria più recente. Senza voler ripercorrere in questa sede la vastissima problematica dei rapporti fra l'ordinamento comunitario e gli accordi internazionali sottoscritti in forma mista dalla Comunità, basti ricordare che con gli orientamenti espressi dalla Corte nei casi *Racke* (sentenza del 30 giugno 1998 in causa n. C-162/96 in *Raccolta*, 1998, I, p. 3655 ss. e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 630), *Hermes* (sentenza del 16 giugno 1998 in causa n. C-53/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3603 ss.) e *Christian Dior* (sentenza del 14 dicembre 2000 in causa n. C-300/98, in *Raccolta*, I, 2000, p. 11307 ss.) la Corte da un lato ha ammesso che gli accordi internazionali sottoscritti entrano pienamente a far parte dell'ordinamento comunitario ex art. 300, comma 7 CE, dall'altro ha sostenuto che lo stesso giudice nazionale deve orientare la propria attività interpretativa delle norme nazionali alla luce degli accordi internazionali di cui anche la Comunità è parte là onde evitare l'insorgere di una comune responsabilità per inadempimento degli stessi. Così facendo la Corte sembrava voler introdurre un primo elemento di apertura ad una efficacia anche in sede contenziosa degli accordi in questione nell'ordinamento comunitario. La sentenza *Biret* ha però segnato un nuovo punto di arresto giurisprudenziale, ribadendo la non immediata efficacia di tali accordi: «Se è vero che gli accordi conclusi tra la Comunità e gli Stati terzi sono vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri, e che, come la Corte ha in particolare statuito nelle sue sentenze *Haegerman* e *Demirel*, le disposizioni di accordi di tale natura formano, dal momento dell'entrata in vigore di questi ultimi parte integrante dell'ordinamento comunitario, la Corte ha costantemente evidenziato che gli effetti dei suddetti accordi nell'ordinamento giuridico comunitario debbono essere accertati tenendo conto del carattere e degli obiettivi dell'accordo di cui trattasi. È per tali motivi che la Corte nella sentenza 26 ottobre 1982 *Kupferberg* ha rilevato che gli effetti nella Comunità delle disposizioni di un accordo internazionale non possono essere determinati prescindendo dall'origine internazionale delle disposizioni di cui trattasi e che, in conformità ai principi del diritto internazionale, le parti contraenti sono libere di convenire quali effetti le disposizioni dell'accordo devono produrre nel loro ordinamento interno. Orbene, da una giurisprudenza comunitaria ormai fortemente consolidata emerge che, tenuto conto della loro natura e della loro economia, né l'accordo OMC né i suoi allegati (...) sono tali da conferire ai singoli diritti di cui questi ultimi potrebbero avvalersi in giudizio, e che la loro eventuale violazione non può quindi far sorgere responsabilità extracontrattuale della Comunità». Sul punto si veda anche la sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2001 in causa n. T-30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 943 e in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 209, ed *ivi* nota di G. PERONI, *La reciproca convenienza come limite al riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme OMC all'interno dell'ordinamento comunitario*, p. 223.

Una definizione di parametri tecnici "ragionevoli" diventa quindi indispensabile alla funzione stessa della norma penale come "orientamento" del comportamento dei consociati, che trova il suo corrispondente nell'ambito della determinazione della pena nel dettato costituzionale della proporzionalità della stessa ex art. 27, comma 3, della Costituzione italiana.

Non si potrebbe infatti perseguire alcuna funzione di orientamento o rieducativa se la reazione dell'ordinamento giuridico fosse assolutamente sproporzionata al fatto in concreto verificatosi.

Il rilievo opera tanto che si voglia costruire la fattispecie nell' – improbabile – spazio del c.d. «reato impossibile», quanto nell'ipotesi in cui la si voglia inquadrare nel «reato di pericolo presunto».

Nel primo caso infatti il principio della necessaria offensività, oltre che trovare riscontro nell'art. 49, comma 2, c.p., è stato più volte oggetto di pronunce della Corte costituzionale, che ne ha sempre ribadito, sia pure con sfumature e motivazioni diverse, la centralità nel nostro ordinamento costituzionale e penale.

In particolare con la sentenza 26 marzo 1986 n. 62 la Corte ha stabilito che «può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio di offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai canone unanimemente accertato.

Spetta al Giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare in concreto ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante»⁵⁶.

⁵⁶ L'ipotesi pare comunque collocarsi ai limiti estremi dell'applicazione del «principio di precauzione», posto che la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «ai fini della configurabilità del reato impossibile, ai sensi dell'art. 49, comma secondo, c.p., la inidoneità dell'azione va valutata in rapporto alla condotta originaria dell'agente, la quale per inefficienza strutturale o strumentale del mezzo usato ed indipendentemente da cause estranee o estrinseche, deve essere priva in modo assoluto di determinazione causale nella produzione dell'evento. L'accertamento del requisito (...) deve avere riguardo all'inizio dell'azione, la cui inidoneità deve essere assoluta, nel senso che rispetto ad essa il verificarsi dell'evento si profili come impossibile e non soltanto come improbabile». (Cfr. sent. Cass. SS. UU. del 4 luglio 1983 n. 6218). Nel caso profilato una simile certezza pare riconducibile solo a quelle ipotesi in cui anche nel diritto comunitario la «tolleranza zero» sarebbe viziata da errore manifesto, e quindi comunque sproporzionata. In materia di applicabilità dell'art. 49, comma 2, c.p. ai casi *de quo* si porrebbe anche il problema della valutazione della sussistenza del nesso causale, posto che, come detto, mancando la legge scientifica di copertura, il giudice sarebbe chiamato a decidere sulla base di mere ipotesi.

Sul punto si vedano anche le sentenze della Corte cost. 18-25 luglio 1989 n. 437 e 24 luglio 1995 n. 360, ove in particolare si afferma che «la mancata previsione in astratto di una soglia di punibilità, non comportando la necessaria ed automatica incriminazione di fattispecie *oculi* inoffensive, non appare per sé irragionevole e ciò in conformità di quanto già affermato da questa Corte nella sentenza n. 62/1986, non essendo il legislatore obbligato a prevedere in ogni norma la soglia del penalmente rilevante, e potendo invece tale limite essere individuato in via interpretativa dal giudice di merito in base al principio di offensività, che costituisce ormai un canone unanimemente accettato (...)».

In dottrina si rinvia per approfondimenti a M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 19 ss.; G. AZZALI, *Scritti di teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 64 ss.

Nel secondo caso (reati di pericolo presunto) rileva comunque l'esigenza del rispetto della "proporzionalità" nella anticipazione della tutela del bene-salute⁵⁷, anche in considerazione del fatto che mancherebbe nel caso concreto una legge scientifica di copertura che assicuri in modo certo la sussistenza del nesso causale e conseguentemente la «congruenza razionale fra mezzi e scopi».

Nell'un caso e nell'altro l'ordinamento italiano sembrerebbe legittimare comunque quell'attività interpretativa del Giudice ispirata al *favor rei* che la Corte di giustizia CE, nella pronuncia che qui si commenta, esclude, affermando che la norma comunitaria non prevede alcun margine di apprezzamento circa i risultati analitici e la pericolosità delle sostanze bandite dalle decisioni del Consiglio e della Commissione.

Il contrasto è evidente e non pare irragionevole supporre che potrebbe dare origine in futuro a nuove pronunce nell'ambito nazionale e comunitario.

Vito Rubino*

⁵⁷ Sul punto si rinvia a T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 127, ove le condizioni di legittimità del c.d. «reato di pericolo presunto» sono così descritte: 1. obbligo di riferire la tutela anticipata a beni giuridici di particolare rilievo rispettando così il principio di proporzionalità; 2. obbligo di verificare che la tutela nella forma del pericolo concreto risulti insufficiente per la difficoltà di precisare i termini di probabilità della lesione, rispettando così il principio di sussidiarietà; 3. obbligo di identificare le condotte presuntivamente pericolose attraverso regole scientifiche riconosciute o massime di esperienza, rispettando così il principio di congruenza razionale tra mezzi e scopi.

* Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università del Piemonte Orientale, sede di Alessandria.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA LEGITTIMITÀ DELL'ATTIVITÀ DI RACCOLTA E DI GESTIONE DI SCOMMESSE DA PARTE DI SOGGETTI PRIVATI

I

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 settembre 2003 in causa n. C-6/01

Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) e
altri c. Estado português

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Libera prestazione
dei servizi - Gestione dei giochi di sorte o d'azzardo - Apparecchi da gio-
co - Limitazione ai casinò esistenti in aree istituite con legge - Norme pe-
nali nazionali restrittive delle attività di gioco - Attività di importazione
di apparecchi automatici d'azzardo - Art. 30 ss. CE - Libera circolazione
delle merci - Valutazione.**

*I giochi di sorte o d'azzardo costituiscono attività economiche ai sensi
dell'art. 2 CE¹.*

*L'attività di esercizio commerciale di macchine per giochi di sorte o d'az-
zardo, sia essa separabile o meno dalle attività relative alla produzione, im-
portazione e distribuzione di tali macchine, deve ricevere la qualificazione di
attività di servizi, ai sensi del Trattato, e non può pertanto rientrare nell'am-
bito di applicazione degli artt. 28 e 29 CE, riguardanti la libera circolazione
delle merci².*

*L'esercizio commerciale in regime di monopolio dei giochi di sorte o
d'azzardo non rientra nel campo di applicazione dell'art. 31 CE³.*

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

Una legislazione nazionale quale la legislazione portoghese, che autorizza l'esercizio commerciale e la pratica dei giochi di sorte o d'azzardo soltanto nelle sale dei casinò esistenti nelle aree di gioco permanenti o provvisorie istituite con decreto legge, e che si applica indistintamente ai cittadini nazionali e ai cittadini di altri Stati membri, costituisce un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Tuttavia gli artt. 49 CE ss. non ostano ad una siffatta legislazione nazionale, tenuto conto delle finalità di politica sociale e di prevenzione delle frodi che ne costituiscono il fondamento⁴.

L'eventuale esistenza, in altri Stati membri, di legislazioni che stabiliscano condizioni di esercizio commerciale e pratica di giochi di sorte o d'azzardo meno restrittive di quelle previste dalla normativa portoghese non influisce sulla compatibilità di quest'ultima con il diritto comunitario⁵.

Nell'ambito di una normativa compatibile con il Trattato CE, la scelta delle modalità di organizzazione e di controllo delle attività di esercizio commerciale e pratica dei giochi di sorte o d'azzardo, quali la conclusione con lo Stato di un contratto amministrativo di concessione o la limitazione dell'esercizio commerciale e della pratica di determinati giochi ai luoghi all'uopo debitamente autorizzati, rientra nel potere discrezionale spettante alle autorità nazionali⁶.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01

Procedimento penale a carico di Piergiorgio Gambelli e altri

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 43 e 49 CE - Diritto di stabilimento - Libera prestazione dei servizi - Raccolta in uno Stato membro di scommesse sugli eventi sportivi - Trasmissioni via *internet* verso un altro Stato membro - Centri di trasmissione dati come stabilimenti dell'impresa situata in un altro Paese membro - Restrizione dell'attività - Discriminazione - Motivi imperativi d'interesse generale - Scopi, idoneità del provvedimento nazionale e principio di proporzionalità - Divieto penalmente sanzionato - Normativa di uno Stato membro che riserva a taluni enti il diritto di raccogliere scommesse - Giustificazione.

Una normativa nazionale contenente divieti – penalmente sanzionati – di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, a eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato,

costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi⁷.

III

Corte di giustizia

Sentenza del 13 novembre 2003 in causa n. C-42/02

Diana Elisabeth Lindman c. Skatterättelsenämnde

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 46 CE - Art. 49 CE - Vincite alla lotteria - Tassazione - Discriminazione - Coerenza del regime fiscale - Proporzionalità - Libera prestazione dei servizi - Biglietti di lotteria - Importo vinto ad un gioco d'azzardo organizzato in un altro Stato membro - Imposta sul reddito - Imposta sui giochi d'azzardo - Regime speciale delle Isole d'Åland.

L'art. 49 CE si oppone alla normativa di uno Stato membro secondo cui le vincite provenienti da giochi d'azzardo organizzati in altri Stati membri sono considerate come un reddito del vincitore assoggettabile all'imposta sul reddito, mentre le vincite provenienti da giochi d'azzardo organizzati nello Stato membro di cui trattasi non sono imponibili⁸.

¹⁻⁸ Con la sentenza in causa n. C-243/01, sopra massimata, la Corte si è pronunciata sull'attività di raccolta e di gestione di scommesse da parte di soggetti privati nel settore sportivo. Il Tribunale di Ascoli Piceno ha sottoposto alla Corte una questione pregiudiziale ex art. 234 CE, sull'interpretazione degli artt. 43 CE e 49 CE relativi alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento.

Il signor Gambelli, oltre ad un centinaio di altri indagati, era stato accusato di reato di frode contro lo Stato (art. 4, l. n. 401/89) per aver gestito in Italia centri di trasmissione dati, una sorta di agenzie collegate via *internet* con il *bookmaker* Stanley, con sede nel Regno Unito. L'accusa riguardava l'attività di raccolta di scommesse riservate per legge allo Stato, in violazione della l. n. 401/1989 sugli interventi nel settore del gioco e delle scommesse clandestini e la tutela della correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche (in *Guri* n. 294 del 1989).

Il giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Fermo emanava un decreto di sequestro preventivo dei centri trasmissione dati, contro il quale gli indagati della causa principale proponevano istanza di riesame dinanzi al Tribunale di Ascoli Piceno il quale decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se contrasti con la normativa comunitaria il divieto penalmente sanzionato di svolgimento delle attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa su eventi sportivi, in mancanza delle necessarie concessioni e autorizzazioni prescritte dal diritto interno.

Nel risolvere la questione, la Corte precisa innanzitutto che la normativa italiana costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi perché ostacola l'attività delle agenzie che operano come intermediarie di una società avente sede in un altro Stato membro. Inoltre, l'assenza, in Italia, di operatori stranieri tra i concessionari del settore delle scommesse relative ad eventi sportivi è da ricondursi al fatto che la normativa controversa esclude che le società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri possano ottenere concessioni per tali attività, benché questa sia la regola per tutte le società di capitali potenzialmente interessate da tali concessioni, indipendentemente dal fatto che abbiano sede in Italia o in un altro Stato membro.

La Corte, nel precisare quando possono giustificarsi tali restrizioni, osserva come le considerazioni di ordine morale, religioso o culturale, nonché le conseguenze moralmente e finanziariamente dannose per l'individuo e la società che sono collegate ai giochi d'azzardo e alle scommesse possano giustificare l'esercizio di un certo potere discrezionale da parte delle autorità nazionali per scopi di tutela del consumatore e dell'ordine sociale (cfr. sentenze del 24 marzo 1994 in causa n. C-275/92, *Schindler*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1039; del 21 ottobre 1999 in causa n. C-67/98, *Zenatti*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7289 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 293 e del 21 settembre 1999 in causa n. C-124/97, *Läärä e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6067). Dalla giurisprudenza della Corte (cfr. sentenze del 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663, in questa *Rivista*, 1995, p. 87 con commento di E. ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, 1995, p. 91 ss. e del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165, 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) si ricava quando una restrizione di tal natura può essere ammessa e precisamente: *a.* se giustificata da motivi imperativi di interesse generale; *b.* se idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; *c.* se non va oltre quanto necessario per il raggiungimento dello stesso; *d.* se viene applicata in modo non discriminatorio.

Con riferimento alla tutela dei concessionari di Stato, la Corte osserva come lo Stato italiano persegua una politica di forte espansione del gioco e delle scommesse, al precipuo scopo di raccogliere fondi. Ne consegue che tale Stato non può invocare l'ordine pubblico sociale al fine di ridurre le occasioni di gioco per giustificare provvedimenti della natura di quelli di cui alla causa principale. Il compito di verificare la sussistenza dei requisiti sopra citati spetta al giudice italiano il quale dovrà, altresì, verificare se la normativa controversa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione (ci riferiamo, in proposito, sia alle sanzioni previste nei confronti dei soggetti che effettuano le scommesse, sia a quelle previste per gli intermediari, ossia, nel caso di specie, per le società gestite dagli indagati), risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni rispettino il principio di proporzionalità.

Con le altre due pronunce sopra massimate, oggetto anch'esse di domande pregiudiziali proposte ex art. 234 CE, la Corte ha affrontato sempre questioni connesse alla gestione dei giochi d'azzardo: con la causa n. C-42/02 si trattava di chiarire l'assoggettamento ad un'imposta sul reddito di una vincita ottenuta in un Paese membro diverso da quello di residenza, mentre nella causa n. C-6/01 la controversia ha visto contrapposte, da un lato, l'Associazione nazionale dei gestori di macchine da gioco portoghese e, dall'altro, alcune società portoghesi operanti nel settore del commercio e della gestione di macchine da gioco, in merito al contrasto con il diritto comunitario della normativa nazionale del settore. In particolare, nel ricorso presentato davanti all'Autorità giudiziaria portoghese, le ricorrenti hanno sollevato le seguenti domande: *a.* abolizione della disciplina monopolistica dei casinò; *b.* disapplicazione di tutte le norme penali restrittive delle attività di gioco. In tale causa, la Corte, investita di ben tredici questioni pregiudiziali dal Tribunale civile di Lisbona, ha dichiarato che i giochi d'azzardo sono attività economiche e rientrano nell'art. 2 CE (sentenza *Schindler*, *cit.*): i giochi consistono, infatti, nell'utilizzo a pagamento di apparecchi automatici per giochi d'azzardo e devono essere considerati come giochi di denaro paragonabili alle lotterie (sentenza *Läärä e a.*, *cit.*).

I giochi d'azzardo costituiscono un'attività relativa alle merci o ai servizi? E le attività

connesse relative alla produzione, importazione e distribuzione di tali macchine a quali norme sono assoggettate? Su tali punti la Corte osserva che l'organizzazione di lotterie è un'attività di servizi e l'attività di gestione degli apparecchi automatici d'azzardo rientra nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi, mentre l'attività di importazione degli stessi apparecchi rientra nell'ambito di applicazione degli artt. 30 ss. del Trattato sulla libera circolazione delle merci.

Conseguenza di tale qualificazione operata dalla Corte è che l'esercizio commerciale in regime di monopolio dei giochi è escluso dal campo di applicazione dell'art. 31 CE. La legislazione portoghese limita in effetti il diritto di esercizio commerciale dei giochi d'azzardo. Occorre quindi valutare se l'art. 49 CE si opponga ad una normativa nazionale che, anche se non determina alcuna discriminazione sulla cittadinanza, limita però la libera prestazione dei servizi.

La Corte, richiamando le proprie argomentazioni formulate nella sentenza *Läärä e a.*, cit., ha sottolineato come un'autorizzazione limitata dei giochi d'azzardo nell'ambito di diritti speciali o esclusivi riconosciuti o concessi a determinati soggetti, miri a perseguire obiettivi d'interesse generale (sentenza *Zenatti*, cit.).

Uno Stato membro è libero di scegliere un sistema di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro. Tuttavia, la valutazione delle disposizioni applicate nel settore deve avvenire unicamente nel rispetto degli obiettivi perseguiti dalle autorità nazionali dello Stato interessato e del livello di tutela che esse mirano a garantire.

Infine, una normativa nazionale, come quella contestata che ostacoli la libera prestazione dei servizi, deve essere atta a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non deve eccedere quanto necessario a tal fine (cfr. sentenza del 25 luglio 1991 in causa n. C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4007 e in questa *Rivista*, 1992, p. 341 con commento di G. FIENGO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla pubblicità radiotelevisiva e la nuova lettura dell'art. 59 del Trattato Cee*, p. 349). Inoltre, il potere discrezionale di cui dispongono gli Stati membri rende possibile l'individuazione degli obiettivi da tutelare, nonché i mezzi per la loro realizzazione, purché ciò avvenga nel rispetto del Trattato.

Qualora i vincitori stabiliti in uno Stato membro siano assoggettati, secondo la normativa nazionale, all'imposta (sulle vincite) in quanto organizzatori di giochi d'azzardo e l'imposta stessa non sia analoga all'imposta sul reddito che colpisce le vincite provenienti dalle lotterie organizzate in altri Stati membri, ciò determina il carattere discriminatorio della normativa in questione. Questo è quanto ha statuito la Corte nella causa n. C-42/02. Nella controversia relativa, la signora Lindman, cittadina finlandese e residente in Finlandia, aveva vinto giocando ad una lotteria svedese e la vincita veniva assoggettata all'imposta sul reddito da lavoro imponibile nello Stato finlandese. Presentava così un reclamo dinanzi all'ufficio competente affinché la somma vinta in Svezia non fosse sottoposta in Finlandia ad alcuna imposta (o, quanto meno, trovasse applicazione un'imposta sul reddito da capitale). L'organo adito decideva così di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte se la normativa finlandese – secondo la quale le vincite di lotterie organizzate in altri Stati membri vengono considerate, in sede di tassazione del reddito, come reddito imponibile del vincitore, mentre le vincite di lotterie organizzate nello Stato membro in questione, sono esenti da tassazione – possa contrastare con la normativa comunitaria sulla libera prestazione dei servizi.

Anche se la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri – così precisa la Corte – questi ultimi devono, tuttavia, esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (cfr. sentenze dell'11 agosto 1995 in causa n. C-80/94, *Wielockx*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2493 e massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 123; del 16 luglio 1998 in causa n. C-264/96, *ICI*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4695; del 29 aprile 1999 in causa n. C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2651 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 775; del 6 giugno 2000 in causa n. C-35/98, *Verkooijen*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4071 e del 3 ottobre 2002 in causa n. C-136/00, *Danner*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8147) e dai motivi giustificativi che possono essere fatti valere da uno Stato membro deve risultare l'analisi dell'opportunità e della proporzionalità della misura restrittiva adottata (cfr. sentenze del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard*, cit., e del 26 novembre 2002 in causa n. C-100/01, *Oteiza Olazabal*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10981, massimata in questa *Rivista*,

2002, p. 760 e con commento di L. TRIFONE, *L'ammissibilità di limiti parziali alla circolazione delle persone: la sentenza Oteiza Olazabal*, 2003, p. 755).

Pertanto, tenuto conto che nel caso di specie non risulta alcun elemento che consenta – come sostenuto dal Governo norvegese – di concludere per la gravità dei rischi collegati alla pratica dei giochi d'azzardo e neppure per l'esistenza di un nesso fra tali rischi e la partecipazione dei cittadini dello Stato membro interessato alle lotterie organizzate in altri Stati membri, la Corte conclude dichiarando il contrasto fra la normativa controversa e l'art. 49 CE.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLE DISPOSIZIONI NAZIONALI ANTICUMULO IN MATERIA DI DISOCCUPAZIONE APPLICABILI AGLI EX AGENTI DELLA COMUNITÀ

Corte di giustizia

Sentenza del 4 dicembre 2003 in causa n. C-92/02

Nina Kristiansen c. Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regime di previdenza sociale – Regolamento Cee n. 1408/1971 - Regolamento Cee n. 1612/1968 - Sistema nazionale di indennità di disoccupazione che prevede una disposizione anticumulo per determinati redditi - Indennità di disoccupazione per gli ex agenti temporanei delle Comunità europee - Art. 39 CE - Libera circolazione dei lavoratori subordinati - Regime nazionale di assicurazione contro la disoccupazione - Qualificazione derivante da un impiego *post* universitario - Impiego in qualità di borsista tirocinante - Qualificazione differenziata con riferimento ad altri Stati membri del SEE - Discriminazione.

L'art. 28 bis, n. 1, 2° comma del regime applicabile agli altri agenti delle Comunità europee stabilisce la natura complementare del regime comunitario di indennità di disoccupazione rispetto a quelli degli Stati membri, deve essere considerato in occasione dell'applicazione del regime di indennità di disoccupazione di uno Stato membro e, segnatamente, di una disposizione anticumulo prevista da tale regime, a un ex agente temporaneo il quale risiede in tale Stato membro e può beneficiare di indennità di disoccupazione versate a norma del regime applicabile agli altri agenti delle Comunità europee¹.

*Il principio di non discriminazione enunciato all'art. 7, n. 4, del regolamento Cee del Consiglio del 13 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, non osta a che una persona la quale esercita una funzione *post* universitaria, come quella di cui alla causa principale, venga considerata, in uno Stato membro, come un borsista tirocinante che non ha accesso al regime nazionale di assicurazione contro la disoccupazione, mentre, in altri Stati membri, una persona la quale*

esercita una funzione identica è considerata come avente un'attività professionale che può fruire del regime di assicurazione contro la disoccupazione².

¹⁻² L'interpretazione del regolamento Cee del Consiglio del 14 giugno 1971, n. 1408, sui regimi di sicurezza sociale applicabili ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata ed aggiornata dal regolamento CE del Consiglio del 2 dicembre 1996, n. 118/97 (in *Guce* n. L 28 del 1997, p. 1), e del regolamento Cee del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (in *Guce* n. L 257 del 1968, p. 2), costituisce l'oggetto della sentenza sopra massimata, scaturita da una controversia tra la signora Kristiansen e l'Ufficio nazionale per l'impiego, con riferimento ad una domanda di indennità di disoccupazione presentata dalla ricorrente e respinta dall'ufficio stesso.

La signora Kristiansen, cittadina norvegese, dopo aver esercitato, dal 1° giugno 1988 al 1° novembre 1994, un'attività professionale in Norvegia, in seguito alla conclusione di un ciclo di studi universitari, assoggettandosi, in tale periodo, alla previdenza sociale norvegese, dal 1° novembre 1994 al 31 ottobre 1996 prestava la propria attività presso l'istituto per i materiali e le misure di riferimento in Belgio, in conformità a un contratto concluso con la Commissione delle Comunità europee: il c.d. «*Fellowship Contract*». Grazie a tale contratto, avente ad oggetto il perfezionamento della qualificazione professionale dei giovani lavoratori, partecipava ad un progetto di formazione alla ricerca, le cui condizioni erano allegate al contratto stesso. Conformemente a tali condizioni, la signora Kristiansen non percepiva alcuna remunerazione, venendole corrisposto un compenso mensile che copriva le spese di viaggio e di soggiorno. Successivamente, dal 1° dicembre 1996 al 30 novembre 1999 lavorava presso la Commissione delle Comunità europee in base ad un contratto di agente temporaneo ai sensi del quale veniva iscritta al regime previdenziale dei funzionari e degli agenti delle Comunità europee.

In seguito alla scadenza del contratto, la ricorrente faceva richiesta per l'erogazione di un'indennità di disoccupazione in Belgio che veniva respinta per il mancato soddisfacimento dei requisiti previsti dalla normativa belga basati sul calcolo di un certo numero di giornate lavorative (per esempio, il periodo di formazione svolto nell'ambito del «*Fellowship Contract*» non prolungava il periodo di riferimento per l'ammissione al regime nazionale belga delle indennità di disoccupazione).

Ne conseguiva che la signora Kristiansen non poteva così ottenere l'indennità di disoccupazione prevista dalla normativa nazionale e l'organo giurisdizionale adito si è rivolto alla Corte al fine di chiarire, *in primis*, se in caso di disoccupazione, nell'ambito delle disposizioni anticumulo nazionali, possa tenersi conto di eventuali prestazioni accordate dalle istituzioni e, in secondo luogo, se lo *status* di postlaureato possa essere essere inquadrato nel complesso di tali rapporti sotto il profilo previdenziale.

La prima questione si inquadra, dunque, nell'ambito del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee e, in particolare, riguarda il rapporto tra le disposizioni applicabili agli ex agenti temporanei e le disposizioni anticumulo del regime di disoccupazione belga.

La Corte precisa che, ai sensi dell'art. 28 bis, n. 1, 2° comma del regime applicabile agli agenti, quando un ex agente temporaneo può aver diritto ad un'indennità di disoccupazione sul fondamento di un regime nazionale, «(...) l'importo dell'indennità è dedotto da quello versato a titolo del [regime comunitario]». Tale disposizione stabilisce quindi la natura complementare del regime comunitario di indennità di disoccupazione rispetto a quella degli Stati membri. La natura complementare del regime comunitario di indennità di disoccupazione si fonda, pertanto, su tale disposizione e deve essere presa in considerazione dalla normativa nazionale.

Con la seconda questione, la Corte è stata chiamata a chiarire se il principio generale di non discriminazione contenuto all'art. 7, n. 4, del regolamento Cee n. 1612/68 vieti ad una persona che esercita una funzione *post* universitaria, come il «*Fellowship Contract*», di essere considerata in uno Stato membro come una borsista tirocinante che non ha accesso al regime nazionale di assicurazione contro la disoccupazione, mentre, in altri Stati membri, un'identica funzione possa essere considerata come attività professionale, con la conseguenza che in tale caso il soggetto può usufruire del regime di assicurazione contro la disoccupazione.

La Corte conclude statuendo che la normativa belga che qualifica come borsista tirocinante la funzione *post* universitaria esercitata, non attribuendo perciò il diritto di accedere al regime nazionale di assicurazione contro la disoccupazione, non contrasta con il diritto comunitario nella misura in cui il cittadino nazionale, alle stesse condizioni, venga trattato in maniera eguale.

**RIMBORSO DI TRIBUTI INDEBITAMENTE RISCOSSI:
L'ITALIA DEVE MODIFICARE LA PROPRIA NORMATIVA
PERCHÉ, NEL MODO IN CUI VIENE INTERPRETATA, VIOLA
LA NORMATIVA COMUNITARIA**

Corte di giustizia

Sentenza del 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Interpretazione in contrasto con il diritto comunitario di una legge nazionale da parte della giurisprudenza e della prassi amministrativa - Presupposti per la ripetizione dell'indebito - Ripartizione dell'onere della prova secondo la giurisprudenza e la prassi amministrativa nazionale - Prova che il contribuente non ha trasferito sul cliente l'importo indebitamente pagato - Inadempimento dello Stato italiano.

La Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE non avendo modificato l'art. 29, 2° comma della legge del 29 dicembre 1990, n. 428, «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990)», che viene interpretato e applicato in sede amministrativa e da una parte significativa degli organi giurisdizionali - compresa la Corte suprema di cassazione - in modo tale da rendere l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario eccessivamente difficile per il contribuente¹.

¹ Cosa può accadere se il giudice nazionale non si conforma alle disposizioni di diritto comunitario primario o derivato, così come sono interpretate dalla Corte di giustizia?

A questo interrogativo risponde la Corte nella sentenza sopra massimata richiamando, in proposito, le due pronunce *Kühne & Heitz* (del 13 gennaio 2004 in causa n. C-453/00, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in questa *Rivista*, 2004, p. 485, con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, p. 489) e *Köbler* (del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, non ancora pubblicata in *Raccolta* e in questa *Rivista*, 2004, p. 55). Nella prima, la questione è se un organo amministrativo nazionale sia obbligato a riprendere in esame una decisione definitiva, e non più impugnabile, in seguito ad una successiva sentenza emanata dalla

Corte dalla quale risulti che la decisione e la pronuncia che l'avevano confermata si fondavano su una non corretta interpretazione del diritto comunitario. Nella causa *Köbler* la questione esaminata è se uno Stato membro sia responsabile per il pregiudizio subito da un singolo, in seguito ad una sentenza pronunciata da un giudice nazionale di ultimo grado che violi il diritto comunitario.

Nella causa qui esaminata, invece, è stato chiesto alla Corte di chiarire se un indirizzo giurisprudenziale nazionale, in contrasto con il diritto comunitario, possa giustificare, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso per inadempimento per violazione degli obblighi impostigli dal Trattato CE.

Nel presente procedimento, infatti, la Commissione ha chiesto alla Corte di accertare che la Repubblica italiana, mantenendo in vigore l'art. 29, 2° comma, della l. del 29 dicembre n. 428/1990, «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, legge comunitaria per il 1990» (in *Guri* n. 10 del 12 gennaio 1991, *suppl. ord.*, p. 5), è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dal Trattato CE. Ad avviso della Commissione, tale norma determina un indirizzo giurisprudenziale che risulta in contrasto con i principi enunciati dalla Corte in materia di ripetizione dell'indebito.

L'art. 29, 2° comma, sopra citato, così come interpretato in Italia, tanto in sede amministrativa quanto in sede giudiziaria, consente di applicare alla ripetizione dei tributi percepiti in violazione delle norme comunitarie un regime probatorio che rende l'esercizio del diritto al rimborso di tali tributi praticamente impossibile o, comunque, eccessivamente difficile per i contribuenti: «I diritti doganali all'importazione, le imposte di fabbricazione, le imposte di consumo, il sovrapprezzo dello zucchero e i diritti erariali riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie sono rimborsati a meno che il relativo onere non sia stato trasferito su altri soggetti».

L'art. 29, 2° comma, della l. n. 428/1990 ha dato a sua volta origine a diversi procedimenti pregiudiziali, decisi dalla Corte con la sentenza *Dilexport* (del 9 febbraio 1999 in causa n. C-343/96, in *Raccolta*, 1999, I, p. 579 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 475; anche la disposizione di legge che in precedenza disciplinava la materia era stata oggetto di due pronunce della Corte: del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595 e in questa *Rivista*, 1983, p. 483 con commento di S. ZARRILLI, *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, p. 505 e del 24 marzo 1988 in causa n. 104/86, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1988, p. 1799). Secondo il giudice nazionale – che ha operato il rinvio alla Corte –, in quest'ultima pronuncia, la disposizione veniva applicata dai giudici italiani nel senso che l'amministrazione, per opporsi al rimborso di diritti doganali o di tributi indebitamente versati, poteva invocare la presunzione secondo la quale gli stessi diritti e tributi venivano normalmente traslati sui terzi (consumatori finali). In proposito, la Corte ha statuito che uno Stato membro non può assoggettare il rimborso di diritti doganali e di imposte incompatibili con il diritto comunitario a una condizione costituita dall'assenza di ripercussione di tali diritti e imposte su altri soggetti. Qualora dovesse ricorrere tale condizione, l'onere della prova, al fine di ottenere il rimborso del tributo stesso, incomberebbe sul ricorrente».

La Commissione, a fondamento del proprio ricorso, osserva come l'interpretazione della norma del 1990 effettuata dalla Corte di cassazione, nel senso di rendere provato il trasferimento delle imposte su terzi sulla base del semplice fatto che il richiedente sia un'impresa commerciale, oppure di giudicare in maniera sfavorevole la mancata produzione di documenti contabili da parte del richiedente, renda praticamente impossibile o estremamente difficile il rimborso.

La Commissione richiama, inoltre, la sentenza *Comateb e a.* (del 14 gennaio 1997 in cause riunite da n. C-192/95 a n. C-218/95, in *Raccolta*, 1997, I, p. 165) nella quale la Corte ha statuito l'inammissibilità, in materia di imposte indirette, della presunzione che il contribuente abbia trasferito il tributo a valle della catena delle vendite poiché trattasi di una presunzione che impone al contribuente di fornire la prova negativa del contrario, qualora voglia ottenere il rimborso del tributo stesso.

L'orientamento seguito dai giudici di merito e di legittimità darebbe luogo ad una presunzione di traslazione su terzi, ad opera dei soggetti passivi, dei tributi incompatibili con il diritto comunitario di cui tali soggetti chiedono il rimborso e spetterebbe a questi ultimi fornire la prova contraria.

Alla Corte viene, dunque, demandato il compito di verificare se tale presunzione sor-
ga effettivamente in capo ai soggetti, con le conseguenze sopra descritte e, nella senten-
za, la Corte sottolinea tre aspetti che vengono in rilievo:

a. la giurisdizione nazionale riterrebbe provata la traslazione dei tributi a terzi per il
solo fatto che il ricorrente è un'impresa commerciale;

b. l'amministrazione esigerebbe la produzione dei documenti contabili del ricorrente
e, come sopra precisato, la mancata produzione degli stessi sarebbe valutata in maniera
sfavorevole;

c. la mancata contabilizzazione dei tributi stessi sarebbe valutata dall'amministrazione
come un vero proprio trasferimento su terzi.

È stato così dichiarato l'inadempimento dello Stato italiano per non aver modificato la
propria normativa relativa al rimborso di imposte percepite in violazione del diritto co-
munitario.

LA NORMATIVA BRITANNICA CHE CONCEDE L'INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE AI SOLI SOGGETTI RESIDENTI NON CONTRASTA CON IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO

Corte di giustizia

Sentenza del 23 marzo 2004 in causa n. C-138/02

Collins c. Secretary of State for Work and Pensions

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione delle persone
- Art. 39 CE - Regolamento Cee n. 1612/68 - Direttiva n. 68/360/Cee - No-
zione di «lavoratore» - Indennità previdenziale per persone in cerca
d'impiego - Risorse finanziarie insufficienti - Requisito di residenza -
Artt. 17 ss. CE - Cittadinanza dell'Unione europea - Giustificazione -
Compatibilità.**

*Una persona che si trova nella situazione del ricorrente nella causa
principale non è un lavoratore ai sensi del titolo II della parte prima del re-
golamento Cee del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera
circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, come modificato dal
regolamento Cee del Consiglio del 27 luglio 1992, n. 2434. Spetta tuttavia al
giudice nazionale verificare se la nozione di «lavoratore» prevista dalla
normativa nazionale di cui trattasi debba essere intesa in tal senso¹.*

*Una persona che si trova nella situazione del ricorrente nella causa
principale non ha un diritto di soggiorno nel Regno Unito sul solo fondamen-
to della direttiva del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 68/360/Cee, relativa
alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavora-
tori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità².*

*Il diritto alla parità di trattamento di cui all'art. 39, n. 2, del Trattato CE,
in combinato disposto con gli artt. 12 e 17 del Trattato CE, non osta a una*

*normativa nazionale che subordina il beneficio di un'indennità per persone in cerca di lavoro a una condizione di residenza, purché tale condizione possa essere giustificata sulla base di considerazioni oggettive indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale*³.

¹⁻³ Il Commissario britannico per la legislazione sociale ha proposto alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali sull'interpretazione del regolamento Cee del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (in *Guce* n. L 257 del 1968, p. 2), come modificato dal regolamento Cee del Consiglio del 27 luglio 1992, n. 2434 (in *Guce* n. L 245, p. 1), e della direttiva del Consiglio del 15 ottobre 1968, 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 (in *Guce* n. L 257 del 1968, p. 13). Il rinvio pregiudiziale è scaturito da una controversia tra il signor Collins, cittadino irlandese, e il Ministero del lavoro e delle pensioni per aver quest'ultimo negato al ricorrente l'indennità di ricerca d'impiego prevista dalla normativa britannica e irlandese.

Secondo la normativa nazionale, il *Jobseeker's Allowance Regulations* del 1996, una persona proveniente dall'estero, per poter beneficiare dell'indennità di ricerca d'impiego, deve risiedere abitualmente nel Regno Unito, nella Repubblica d'Irlanda, nell'isola del Canale, o nell'Isola di Man; essere qualificato lavoratore ai sensi del regolamento Cee n. 1612/68 o del regolamento Cee n. 1251/70, ovvero essere un soggetto avente il diritto di risiedere nel Regno Unito conformemente alla direttiva n. 68/360/Cee o alla direttiva del Consiglio 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 (in *Guce* n. L 172 del 1973, p. 14).

Il signor Collins è nato negli Stati Uniti ed è in possesso di una doppia cittadinanza: americana e irlandese. Nel corso degli anni 1980-1981 ha soggiornato per circa dieci mesi in Gran Bretagna durante i quali ha lavorato in esercizi pubblici e nel settore delle vendite e, dopo una pausa di circa diciassette anni, è rientrato nel Regno Unito nel 1998 per trovare un lavoro nei servizi sociali, presentando, a tal fine, una domanda d'indennità per persone in cerca di lavoro. Questa veniva rifiutata dall'*Adjudication Officer* perché egli non risiedeva abitualmente in tale Stato membro. Successivamente, il signor Collins adiva la Corte di appello in materia previdenziale del Regno Unito che confermava la decisione di diniego, motivando con il fatto che il soggetto non poteva essere considerato abitualmente residente nel Regno Unito per due motivi: la residenza non si era protratta per un periodo consistente ed egli non era un lavoratore ai sensi del regolamento Cee n. 1612/68 e neppure aveva il diritto di risiedere in tale Stato ai sensi della direttiva n. 68/360/Cee.

La Corte di giustizia, investita delle questioni dall'Autorità nazionale competente dinanzi al quale il signor Collins si è rivolto, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza sulla nozione di «lavoratore», con la quale si intende ogni persona che presti attività reali ed effettive, ad esclusione di attività marginali ed accessorie, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, in contropartita delle quali riceve una retribuzione (cfr. sentenze del 3 luglio 1986 in causa n. 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Raccolta*, 1986, p. 2121; del 12 maggio 1998 in causa n. 85/96, *Martínez Sala*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2691 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 628 e del 8 giugno 1999 in causa n. C-337/97, *Meeusen*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3289 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 777) ha sottolineato come la situazione tipica del signor Collins debba essere paragonata a quella di qualsiasi cittadino di uno Stato membro che cerca un primo impiego in un altro Stato membro.

In proposito, la Corte distingue tra i cittadini degli Stati membri che non hanno ancora un rapporto di lavoro nello Stato membro ospitante dove cercano un impiego e che beneficiano del principio della parità di trattamento solo per l'accesso al lavoro, e quelli che lavoravano o che hanno lavorato (sentenza del 21 giugno 1988 in causa n. 39/86, *Lair*, in *Raccolta*, 1988, p. 3161) i quali possono pretendere, in base all'art. 7, n. 2, del regola-

mento Cee n. 1612/68, gli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali (sentenze del 18 giugno 1987 in causa n. 316/85, *Lebon*, in *Raccolta*, 1987, p. 2811 e del 12 settembre 1996 in causa n. C-278/94, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4307). Ne consegue che il signor Collins non può essere considerato lavoratore ai sensi del regolamento Cee n. 1612/68 ed è compito del giudice nazionale verificare se la nozione di lavoratore prevista dalla normativa britannica debba essere intesa in tal senso.

La Corte precisa che i cittadini comunitari, grazie agli artt. 39 ss. CE hanno il diritto di soggiornare nel territorio degli altri Stati membri per esercitare o per cercare un impiego e che tale diritto di soggiorno può essere limitato nel tempo (cfr. sentenze del 26 febbraio 1991 in causa n. C-292/89, *Antonissen*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 745 e del 20 febbraio 1997 in causa n. C-344/95, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1035). Tuttavia, ai sensi dell'art. 4 della direttiva n. 68/360/Cee gli Stati membri riconoscono il diritto di soggiorno sul loro territorio al cittadino (e ai membri della sua famiglia), che sia in grado di esibire: *a.* il documento in forza del quale egli è entrato nel loro territorio; e *b.* una dichiarazione di assunzione del datore di lavoro o un attestato di lavoro. Di contro l'art. 8, n. 1, della stessa direttiva prevede che gli Stati membri riconoscano il diritto di soggiorno sul loro territorio, senza che sia necessario il rilascio della carta di soggiorno, ai lavoratori che esercitano un'attività subordinata di una durata prevista non superiore a tre mesi, ai lavoratori frontalieri e ai lavoratori stagionali.

Alla luce di ciò, il signor Collins non possiede un diritto di soggiorno nel Regno Unito ai sensi della direttiva n. 68/360/Cee.

Infine, l'esistenza di una disposizione o di un principio di diritto comunitario in base al quale un cittadino di uno Stato membro, che cerca realmente un impiego in un altro Stato membro, possa pretendervi un'indennità per persone in cerca di lavoro, come quella prevista dalla legge britannica, costituisce l'oggetto della terza questione pregiudiziale.

In sostanza, nel caso di specie, occorre valutare se il principio della parità di trattamento vieti l'applicazione di una normativa nazionale che subordina il beneficio di un'indennità per persone in cerca di lavoro a una condizione di residenza e se i cittadini degli Stati membri, che cercano lavoro in un altro Stato, possano beneficiare anche delle prestazioni di natura finanziaria.

La Corte precisa che gli artt. 39 ss. e gli artt. 2 e 5 del regolamento Cee n. 1612/68 garantiscono la parità di trattamento solamente per l'accesso al lavoro, restando esclusi i vantaggi sociali e fiscali. Tuttavia, il principio della parità di trattamento deve essere interpretato alla luce delle disposizioni comunitarie relative alla cittadinanza europea che, insieme al principio della parità di trattamento, non possono escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 48, n. 2 CE una prestazione di natura finanziaria, il cui scopo è quello di facilitare l'accesso al mercato del lavoro in uno Stato membro.

Ne consegue che la prestazione previdenziale viene concessa solamente quando sussista un nesso non occasionale tra il soggetto che cerca un'attività e il mercato del lavoro, inoltre il periodo di residenza, quale condizione richiesta dalle autorità britanniche per tale verifica, non deve andare oltre quanto necessario affinché le autorità nazionali possano assicurarsi che l'interessato cerchi realmente un impiego nel mercato del lavoro dello Stato membro ospitante. Con riferimento a tali condizioni la normativa britannica non si pone in contrasto con il principio della parità di trattamento.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL DIVIETO DI PUBBLICITÀ PER LA VENDITA DI MERCI CHE PROVENGONO DALLA MASSA FALLIMENTARE CONTENUTO NELLA NORMATIVA AUSTRIACA

Corte di giustizia

Sentenza del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02

Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 28 ss. CE - Libera circolazione delle merci - Misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa - Limitazioni di pubblicità - Riferimento all'origine commerciale delle merci - Divieto di indicare in pubblicità che le merci provengono dal fallimento di un'impresa - Direttiva n. 84/450/Cee - Pubblicità ingannevole - Diritti fondamentali - Libertà di espressione - Principio di proporzionalità - Giustificazione per motivi di tutela dei consumatori e della lealtà dei rapporti commerciali.

L'art. 28 del Trattato CE non osta ad una normativa nazionale che, indipendentemente dalla veridicità della comunicazione, vieti ogni riferimento alla provenienza della merce da un fallimento quando, in pubblici avvisi o in comunicazioni destinate ad un numero rilevante di persone, si annunci la vendita di merci che pur provenendo da un fallimento non facciano più parte della massa fallimentare¹.

¹ Con la sentenza sopra massimata, la Corte di giustizia ha statuito che la normativa austriaca (cfr. art. 30, n. 1, della legge austriaca in materia di repressione della concorrenza sleale del 1984), che vieta gli avvisi pubblici o le comunicazioni destinate ad un numero rilevante di persone, riferite al fatto che una merce proviene da un fallimento, qualora la merce considerata, pur avendo tale provenienza, non faccia tuttavia più parte della massa fallimentare, non contrasta con la normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci contenuta agli artt. 28 ss. del Trattato CE.

La questione pregiudiziale rivolta alla Corte dal giudice austriaco è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH e la Troostwijk GmbH, entrambe società autorizzate a procedere alla vendita all'asta di beni industriali, nonché all'acquisizione di beni di imprese in liquidazione, in merito alla pubblicità effettuata dalla Troostwijk per la vendita di merci provenienti da un fallimento. La Troostwijk otteneva, dietro autorizzazione del giudice fallimentare, i beni di un'impresa edile fallita e manifestava la propria intenzione di liquidare tali beni nel corso di una vendita all'asta: essa pubblicizzava così la vendita in un catalogo commerciale, specificando che si trattava di una vendita all'asta in seguito ad un fallimento e che le merci provenivano dalla massa fallimentare dell'impresa interessata. A parere della Karner, anch'essa interessata all'acquisto dei medesimi beni, gli annunci posti in essere dalla Troostwijk contrastavano con la normativa nazionale. Si rivolgeva perciò al Tribunale di Vienna ottenendo un provvedimento urgente di inibitoria, confermato successivamente dalla Corte d'appello. Poiché la società acquirente sosteneva il contrasto della normativa austriaca con l'art. 28 CE e con l'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 relativo alla libertà di espressione, si rivolgeva alla Corte di cassazione che sospendeva, a sua volta, il giudizio nazionale e chiedeva alla Corte di giustizia di pronunciarsi sul contrasto sopra citato.

Nel risolvere la questione sottoposta, la Corte chiarisce lo scopo dell'art. 30 della legge austriaca che è quello di basarsi sulla presunzione che i consumatori preferiscano acquistare merci che sono vendute da un curatore fallimentare in occasione di un fallimento perché sperano di acquistare a prezzi più convenienti. Di fronte ad una pubblicità relativa ad una vendita di merci provenienti da un fallimento, risulterebbe difficile per i consumatori stabilire se tale vendita è organizzata dal curatore fallimentare o da un soggetto che, a sua volta, ha acquistato la merce dalla massa fallimentare.

La Corte richiama anche la direttiva n. 84/450/Cee sulla pubblicità ingannevole (in *Guce* n. L 250 del 1984, p. 17), modificata da ultimo dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997, n. 97/55/Ce, (in *Guce* n. L 290 del 1997, p. 18, cfr. la versione consolidata in questa *Rivista*, 1997, p. 757 con commento di M. VALCADA, *La pubblicità comparativa: dalla varietà dei sistemi nazionali a una disciplina comunitaria*, 1997, p. 769) la quale fissa i criteri minimi e obiettivi sulla base dei quali è possibile stabilire se una pubblicità è ingannevole.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 7 della medesima direttiva è riconosciuto agli Stati il potere di mantenere o di adottare disposizioni che abbiano lo scopo di garantire una più ampia tutela dei consumatori rispetto a quella prevista dalla direttiva stessa, nel rispetto però dei principi sulla libera circolazione delle merci contenuti nel Trattato CE (sentenza del 26 settembre 2000 in causa n. C-23/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7653). Infatti, ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari deve essere considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative e, pertanto, vietata dall'art. 28 CE (cfr. giurisprudenza costante della Corte, sentenze dell'11 luglio 1974 in causa n. 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, 1974, p. 837; del 19 giugno 2003 in causa n. C-420/01, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6445 e del 13 gennaio 2000 in causa n. C-254/98, *TK-Heimdienst*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 151 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 619).

Inoltre, con la sentenza *Keck e Mithouard* del 24 novembre 1993 (in cause riunite n. C-267/91 e n. C-268/91, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6097 e in questa *Rivista*, 1994, p. 665 con commento di S. AMADEO, *Novità in tema di divieto di misure di effetto equivalente*, p. 671) la Corte, individuando le misure concernenti i prodotti e quelle concernenti la loro distribuzione, ha precisato che le disposizioni nazionali che limitano o vietano talune modalità di vendita, vevoli nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgono la propria attività sul territorio nazionale e incidenti sulla commercializzazione dei prodotti sia nazionali, sia provenienti da altri Stati membri, non possono costituire un ostacolo alla libera circolazione delle merci. Ne consegue che la normativa nazionale austriaca non ricade nel divieto di cui all'art. 28 CE perché non colpisce maggiormente la commercializzazione di prodotti provenienti da altri Stati membri rispetto ai prodotti nazionali.

Con riferimento alla denunciata violazione del principio della libertà di espressione contenuto all'art. 10 CEDU, la Corte osserva come essa, pur rientrando tra i diritti fondamentali che fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (cfr. sentenze del 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *ERT*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2925; del 6 marzo 2001 in causa n. C-274/99 P, *Connolly c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1611; del 22 ottobre 2002 in causa n. C-94/00, *Roquette Frères*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9011 e del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5659 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 558), possa essere soggetta a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, sempreché tali deroghe siano previste dalla legge, giustificate da un bisogno sociale imperativo e proporzionate al fine legittimo perseguito (cfr. sentenze del 26 giugno 1997 in causa n. C-368/95, *Familiapress*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3689 e dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 528).

Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. sentenza del 23 ottobre 2003 in causa n. C-245/01, *RTL Television GmbH*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 60, e, della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. sentenze del 20 novembre 1989, *Markt intern Verlag GmbH e Klaus Beermann*, in *Recueil des arrêts et décisions* A.165, e del 28 giugno 2001, *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-VI), e soprattutto in considerazione del margine di valutazione di cui dispongono gli Stati membri per stabilire il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi sopra citati, la Corte conclude nel senso che una limitazione della pubblicità, come quella prevista dalla normativa austriaca, è ragionevole e proporzionata perché agisce nel pieno rispetto della protezione dei consumatori e della lealtà dei rapporti commerciali.

**LA VALUTAZIONE IN CONCRETO DEL CARATTERE ABUSIVO
DI UNA CLAUSOLA CONTRATTUALE È RIMESSA
AL GIUDICE NAZIONALE**

Corte di giustizia

Sentenza del 1° aprile 2004 in causa n. C-237/02

Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG

Art. 234 CE – Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Interpretazione dell'art. 3, n. 1 - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Contratto concernente la costruzione e la cessione di un posto macchina in un parcheggio - Inversione dell'ordine di esecuzione degli obblighi contrattuali previsto dalle disposizioni suppletive del diritto nazionale (tedesco) - Clausola che obbliga il consumatore a pagare il prezzo prima che il professionista abbia adempiuto i suoi obblighi - Obbligo del professionista di fornire una garanzia - Valutazione - Competenza del giudice nazionale.

Spetta al giudice nazionale determinare se una clausola contrattuale come quella che forma oggetto della controversia nella causa principale risponde ai criteri necessari per essere qualificata abusiva ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori¹.

¹ La direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (in *Guce* n. L 95 del 1993, p. 29) costituisce l'oggetto della sentenza sopra massimata, nell'ambito di una controversia tra l'impresa di costruzioni comunale, la Freiburger Kommunalbauten e i coniugi Hofstetter, in merito al versamento di interessi di mora sul prezzo da pagare per la costruzione e l'acquisto di un posto macchina in un parcheggio.

I coniugi Hofstetter hanno acquistato, a fini privati, dalla Freiburger Kommunalbauten, nell'ambito della propria attività commerciale, un posto macchina in un parcheggio, che la società doveva costruire e, ai sensi dell'art. 5 del contratto sottoscritto tra le parti, l'intero prezzo era esigibile previa presentazione di una garanzia da parte dell'imprenditore. In caso di ritardato pagamento, l'acquirente era debitore di interessi di mora.

La garanzia veniva costituita sotto forma di garanzia bancaria e la banca che l'offriva si impegnava, rinunciando al beneficio di escussione, a garantire le eventuali pretese che i coniugi Hofstetter avessero potuto far valere nei confronti della società per la restituzione del prezzo d'acquisto che le fosse versato. Essi rifiutavano di eseguire il pagamento facendo valere che la clausola relativa all'esigibilità dell'intero prezzo contrastava con l'art. 9 della legge tedesca relativa alle condizioni generali che regolano gli affari («Le disposizioni delle condizioni generali che regolano gli affari sono inefficaci qualora, contrariamente agli imperativi della buona fede, esse svantaggino la controparte contrattuale dello stipulante in maniera eccessiva. In caso di dubbio, si deve ammettere uno svantaggio eccessivo qualora una disposizione: 1. non sia compatibile con le idee fondamentali della normativa di legge da cui essa si discosta, o 2. limiti i diritti od obblighi essenziali risultanti dalla natura del contratto in maniera tale che la realizzazione dello scopo con-

trattuale sia minacciata») e versavano quanto dovuto solamente dopo la consegna del posto macchina e dopo aver accertato che il bene fosse esente da vizi. L'impresa edile chiedeva la corresponsione degli interessi di mora essendo avvenuto il pagamento in ritardo ed essendo stata respinta tale richiesta sia dal giudice di primo grado, sia dalla Corte d'appello, l'impresa edile impugnava il provvedimento dinanzi alla Cassazione che, nutrendo dei dubbi sulla natura abusiva della clausola controversa, sospendeva il giudizio e chiedeva alla Corte di giustizia di pronunciarsi in proposito.

La valutazione della Corte ha dunque preso in esame, da un lato, l'eventuale contrasto della clausola contenuta nel contratto di acquisto – che prevede il versamento del prezzo prima dell'adempimento contrattuale – con la normativa comunitaria posta a tutela del consumatore, quale parte più debole in un rapporto sinallagmatico e, dall'altro, la possibilità che la clausola dovesse essere eliminata dalle condizioni contrattuali.

In sentenza viene innanzitutto chiarito come il compito della Corte, nell'ambito delle proprie competenze ex art. 234 CE, sia quello di interpretare i criteri generali utilizzati dal legislatore comunitario per definire la nozione di clausola abusiva ai sensi della direttiva n. 93/13/Cee, mentre la stessa non può pronunciarsi sull'applicazione di tali criteri ad una clausola contrattuale da esaminare in rapporto alle circostanze proprie del caso di specie, ossia in relazione al carattere abusivo in concreto della clausola stessa.

La questione concernente l'esistenza di uno squilibrio significativo o ingiustificato, tale da rendere abusiva una clausola contrattuale ai sensi della direttiva sopra citata, costituisce una questione di valutazione che spetta al giudice nazionale: una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto (art. 3, n. 1, direttiva).

La Corte conclude affermando che, quando il giudizio sull'abusività di una clausola è possibile senza dover effettuare un esame sulle circostanze proprie della conclusione del contratto, quindi senza valutare i vantaggi e gli svantaggi connessi alla clausola nel diritto nazionale applicabile al contratto (cfr. sentenza del 27 giugno 2000 in cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 638), si può giungere ad una dichiarazione di abusività della clausola stessa. Nel caso oggetto del rinvio pregiudiziale, invece, tale squilibrio non è così manifesto e la valutazione viene perciò affidata all'autorità giudiziaria nazionale.

RICONOSCIMENTO RECIPROCO DELLE PATENTI DI GUIDA IN AMBITO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 29 aprile 2004 in causa n. C-476/01

Procedimento penale a carico di Felix Kapper

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 91/439/Cee - Riconoscimento reciproco delle patenti di guida - Art. 8, n. 4 - Rifiuto da parte di uno Stato membro di riconoscere una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro - Motivi del rifiuto - Mancanza di residenza normale del titolare della patente nello Stato membro che l'ha rilasciata - Effetti della revoca o dell'annullamento di una patente di guida precedente - Riconoscimento di una nuova patente rilasciata precedentemente da un altro Stato membro.

Il combinato disposto degli artt. 1, n. 2, 7, n. 1, lett b., e 9 della direttiva del Consiglio del 29 luglio 1991, n. 91/439/Cee, concernente la patente di guida, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 2 giugno 1997, n. 97/26/Ce, dev'essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro neghi il riconoscimento di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro per il motivo che, secondo le informazioni di cui il primo Stato membro dispone, il titolare della patente, all'epoca del rilascio di quest'ultima, aveva stabilito la sua residenza normale nel territorio di tale Stato membro e non nel territorio dello Stato membro del rilascio¹.

Il combinato disposto degli artt 1, n. 2, e 8, n. 4, della direttiva n. 91/439/Cee dev'essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro si rifiuti di riconoscere la validità di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro per il motivo che il suo titolare è stato oggetto, sul territorio del primo Stato membro, di un provvedimento di revoca o di annullamento di una patente di guida rilasciata dallo stesso Stato membro, qualora il periodo di divieto temporaneo di ottenerne una nuova patente, che accompagna il detto provvedimento, sia trascorso prima della data di rilascio della patente di guida da parte dell'altro Stato membro².

¹⁻² La direttiva del Consiglio n. 91/439/Cee, sulle patenti di guida (in *Guce* n. L 237 del 1991, p. 1), come modificata da ultimo dalla direttiva n. 97/26/Ce, (in *Guce* n. L 150 del 1997, p. 41) costituisce l'oggetto della sentenza sopra massimata. Essa scaturisce da un rinvio pregiudiziale sollevato dall'*Amtsgericht Frankenthal* tedesco nell'ambito di un procedimento penale promosso nei confronti del signor Kapper, – che presentava opposizione avverso il decreto penale – condannato per aver guidato (in data 20 novembre e 11 dicembre 1999) un autoveicolo senza disporre di una patente di guida valida, mentre era in possesso di una patente rilasciatagli dalle autorità olandesi l'11 agosto 1999. In precedenza, la patente del signor Kapper era stata revocata dal giudice tedesco che aveva disposto che le autorità amministrative non gli rilasciassero una nuova patente prima dello scadere di un termine di nove mesi, ossia prima del 25 novembre 1998.

Nell'opposizione proposta, il giudice nazionale osserva che l'applicazione delle disposizioni nazionali imporrebbe di considerare invalida in Germania una patente di guida rilasciata nei Paesi Bassi. L'accertamento della residenza del titolare di una patente al momento in cui essa è stata rilasciata, al fine di escluderne il reciproco riconoscimento ex art. 1, n. 2 della direttiva n. 91/439/Cee, contrasta con l'obiettivo della direttiva stessa. Alla luce di tali considerazioni, il giudice tedesco ha deciso di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Innanzitutto la Corte richiama la propria giurisprudenza costante, secondo la quale l'art. 1, n. 2, della direttiva n. 91/439/Cee prevede il riconoscimento reciproco delle patenti di guida rilasciate dagli Stati membri (cfr. sentenze del 29 febbraio 1996 in causa n. C-193/94, *Skanavi e Chryssanthakopoulos*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 929 e massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 343 e del 29 ottobre 1998 in causa C-230/97, *Awoyemi*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6781). Tale disposizione impone agli Stati membri un obbligo chiaro e preciso, che non lascia alcun margine discrezionale quanto ai provvedimenti da adottare per conformarvisi (sentenza 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).

Nella sentenza *Commissione c. Paesi Bassi, cit.*, la Corte ha escluso in maniera molto chiara che lo Stato membro ospitante possa istituire procedure di controllo volte all'accertamento che il requisito di residenza nello Stato membro del rilascio, così come previsto dagli artt. 7, n. 1, lett. b., e 9 della direttiva n. 91/439/Cee, sia stato effettivamente soddi-

sfatto dai titolari di patenti di guida rilasciate da altri Stati membri. Ne consegue, a parere della Corte, che lo Stato membro ospitante non può esigere che il titolare fornisca la prova di aver effettivamente soddisfatto tutte le condizioni previste dalle norme sopra citate, poiché ciò violerebbe il principio del reciproco riconoscimento delle patenti di guida.

La Corte conclude perciò nel senso che uno Stato membro non può negare il riconoscimento di una patente di guida rilasciata da un altro Stato per il motivo che, secondo le informazioni di cui è a conoscenza il primo Stato, il titolare della patente, all'epoca del rilascio di quest'ultima, aveva stabilito la residenza sul proprio territorio e non sul territorio dello Stato membro che ha provveduto al rilascio.

Ai sensi dell'art. 8, n. 4 della direttiva in esame, uno Stato può rifiutarsi di riconoscere ad una persona, che sul proprio territorio è stata oggetto di un provvedimento di restrizione, di sospensione, di revoca o di annullamento del diritto di guidare, la validità di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro. Un Paese può rifiutarsi anche di rilasciare la patente di guida ad un candidato che formi oggetto di tali provvedimenti in un altro Stato membro. Ciò costituisce una disciplina di deroga al principio generale del riconoscimento reciproco delle patenti di guida rilasciate dagli Stati membri contenuto nell'art. 1, n. 2 della direttiva e come tale deve essere interpretata restrittivamente (sulle deroghe ad un principio generale, per quanto riguarda il settore delle imposte, la Corte si è pronunciata con riferimento all'imposta sul valore aggiunto, nella sentenza del 10 settembre 2002 in causa n. C-141/00, *Kügler*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6833 e, con riferimento alle deroghe al principio generale del riconoscimento delle formazioni professionali che danno accesso ad una professione regolamentata, nella sentenza del 29 aprile 2004 in causa n. C-102/02, *Beuttenmüller*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

Dal momento che, nel caso di specie, il periodo di divieto temporaneo per ottenere una nuova patente, che accompagnava il provvedimento di revoca o di annullamento, era già trascorso sul territorio di uno Stato membro, l'applicazione degli artt. 1, n. 2, e 8, n. 4, della direttiva n. 91/439/Cee vietano allo Stato membro di continuare a rifiutare il riconoscimento della validità della patente di guida successivamente rilasciata all'interessato da un altro Stato membro. Ne deriva, e così conclude la Corte richiamando le conclusioni dell'Avvocato generale Léger presentate in data 16 ottobre 2003, che consentire ad uno Stato membro di richiamare le proprie disposizioni nazionali per opporsi al riconoscimento in maniera indeterminata di una patente rilasciata da un altro Stato membro, significherebbe togliere valore al principio del riconoscimento reciproco delle patenti di guida di cui alla direttiva n. 91/439/Cee.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LE CONDIZIONI PER L'ESERCIZIO IN UNO STATO MEMBRO DI ATTIVITÀ ECONOMICHE IN MATERIA DI VIGILANZA DA PARTE DI UN'IMPRESA DI UN ALTRO STATO MEMBRO

Corte di giustizia

Sentenza del 29 aprile 2004 in causa n. C-171/02

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica portoghese

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Artt. 39, 43 e 49 CE - Libera circolazione dei lavoratori - Libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi - Direttiva n. 92/51/Cee - Sistema generale di riconoscimento delle formazioni professionali - Attività di vigilanza privata - Rilevanza

dei documenti prodotti in altri Stati membri - Riconoscimento di attestati di competenza - Misure di uno Stato membro che impongono come requisito per poter esercitare un'attività di vigilanza privata di avere la sede della società o una rappresentanza nel territorio portoghese, di essere costituiti in forma di persona giuridica, di possedere un capitale sociale specifico e di fornire documenti e garanzie già presentati nello Stato membro d'origine - Requisito di un tesserino professionale nazionale - Omessa previsione del riconoscimento delle qualifiche personali nel settore dei servizi di vigilanza privata - Contrasto.

La Repubblica portoghese è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE imponendo agli operatori stranieri per poter esercitare in Portogallo, nel settore dei servizi di vigilanza privata, attività di sorveglianza su persone e beni i seguenti requisiti:

- a. avere la sede o una rappresentanza permanente nel territorio portoghese;*
- b. essere costituiti in forma di persona giuridica;*
- c. avere un capitale sociale minimo;*
- d. ottenere un'autorizzazione rilasciata dalle autorità portoghesi, senza tener conto dei documenti e delle garanzie già presentati nello Stato membro di origine, e*
- e. munire il loro personale di un tesserino professionale rilasciato dalle dette autorità, senza tener conto dei controlli e delle verifiche già effettuati nello Stato membro di origine¹.*

¹ Il ricorso per inadempimento ex art. 226 CE presentato alla Commissione nei confronti del Portogallo scaturisce dalla ritenuta incompatibilità del d.l. portoghese sull'attività di vigilanza privata con i principi comunitari relativi alla libera circolazione dei lavoratori, alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento (artt. 39, 43 e 49 CE), oltre che con la direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 92/51/Cee, relativa a un secondo sistema generale di riconoscimento delle formazioni professionali, che integra la direttiva n. 89/48/Cee (in *Guce* n. L 209 del 1989, p. 25).

La Commissione ha fatto valere sei censure con riferimento ai requisiti imposti dalla normativa portoghese per l'esercizio dell'attività di vigilanza privata.

La Corte prima di tutto si sofferma a precisare gli ambiti di applicazione del diritto alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento, sottolineando come sia necessario accertare se l'operatore economico sia stabilito o meno nello Stato membro in cui offre il servizio di cui trattasi (cfr. sentenza del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165 e in questa *Rivista*, 1996, p. 287 con nota di E. ADOBATI, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, p. 293 e commento di A. BARANI, *Il caso Gebhard un avvocato tedesco in Italia*, p. 301). In tal modo, si opera la seguente distinzione: quando il soggetto è stabilito nello Stato membro ospitante e offre i propri servizi in maniera stabile e continuativa, egli rientra nell'ambito di applicazione del principio della libertà di stabilimento ex art. 43 CE, mentre quando l'operatore economico non è stabilito nello Stato membro di destinazione, è un prestatore transfrontaliero che rientra nell'ambito di applicazione del principio della libera prestazione dei servizi disciplinato all'art. 49 CE in quanto le prestazio-

ni non sono offerte in maniera stabile e continuativa. Inoltre, secondo la Corte, nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, astrattamente, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di attività in un altro Stato membro non può più essere considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato (cfr. sentenza dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-215/01, *Schnitzer*, non ancora pubblicata in *Raccolta*). Ne consegue che un operatore economico stabilito in uno Stato membro che fornisca servizi in un altro Stato per un periodo di tempo prolungato, non può considerarsi stabilito nello Stato membro ospitante e, pertanto, contrasta con il principio della libera prestazione dei servizi la normativa nazionale più rigorosa, come quella portoghese, che si applica agli operatori che offrono i loro servizi nello Stato membro per una durata superiore a un anno: «Le società non aventi la propria sede effettiva in Portogallo, ma che intendano ivi svolgere la propria attività per un periodo superiore ad un anno, devono istituire una rappresentanza permanente e conformarsi alle disposizioni della legge portoghese sul registro commerciale».

Sulla prima censura, relativa all'incompatibilità con l'art. 49 CE del requisito che impone all'operatore economico di avere la sede o una rappresentanza permanente nel territorio portoghese, la Corte ha statuito che tale condizione è direttamente in contrasto con la libera prestazione dei servizi in quanto rende impossibile, in tale Stato, l'esercizio delle attività da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri (sentenza del 9 marzo 2000 in causa n. C-355/98, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1221).

Con la seconda e la terza censura, relative all'incompatibilità con gli artt. 43 e 49 CE rispettivamente del requisito che impone all'operatore economico di essere costituito in forma di persona giuridica e del requisito che impone all'operatore economico di avere un capitale sociale minimo, la Corte ha statuito che tali criteri costituiscono restrizioni ai sensi dell'art. 49 CE in quanto ostacolano le attività dei prestatori transfrontalieri stabiliti in Stati membri diversi dalla Repubblica portoghese. Tali criteri costituiscono, altresì, una restrizione vietata ai sensi dell'art. 43 CE in quanto, da un lato, impediscono agli operatori economici, che siano persone fisiche, di svolgere un'attività in regime di stabilimento in Portogallo (cfr. sentenze del 12 luglio 1984 in causa n. 107/83, *Klopp*, in *Raccolta*, 1984, p. 2971 e del 7 luglio 1988 in causa n. 143/87, *Stanton*, in *Raccolta*, 1988, p. 3877) e dall'altro, impediscono a un operatore comunitario, con un capitale sociale inferiore all'importo minimo richiesto dalla normativa portoghese, di costituire una filiale o una succursale in Portogallo (cfr. sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. C-167/01, *Inspire Art*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

Anche il requisito che impone all'operatore economico di ottenere un'autorizzazione da parte delle autorità portoghesi, senza tener conto dei documenti e delle garanzie già prodotti nello Stato membro di origine, oggetto della quarta censura, costituisce una restrizione alla libera circolazione dei servizi ex art. 49 CE. La Corte ha concluso per il contrasto con gli artt. 39 e 49 CE (quinta censura), anche con riferimento al tesserino professionale rilasciato dalle autorità portoghesi, imposto al personale dell'operatore economico, senza tener conto dei controlli e delle verifiche già effettuati nello Stato membro di origine.

Infine, sull'ultima censura, relativa alla violazione dell'art. 249 CE, in combinato disposto con l'art. 10 CE, concernente un'errata attuazione dell'art. 8 della direttiva n. 92/51/Cee nel diritto nazionale, la Corte di giustizia ha statuito che il tesserino professionale non può essere considerato un attestato di competenza ai sensi dell'art. 8 della direttiva n. 92/51/Cee, in combinato disposto con l'art. 1, lett. c., della medesima.

Ne consegue pertanto che il requisito secondo il quale il personale dell'operatore di vigilanza privata deve essere in possesso di un tesserino professionale rilasciato dalle autorità portoghesi, non è contrastante con l'art. 8 della direttiva n. 92/51/Cee.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LA POSIZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E QUELLA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO SUI DIRITTI DELLA DIFESA

**Corte europea dei diritti dell'uomo
Decisione del 10 marzo 2004 sul ricorso n. 56672/00***

Senator Lines c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito

Art. 34 CEDU - Condizione di vittima: requisiti - Nozione di vittima potenziale - Art. 6 CEDU - Equo processo - Diritto di accesso ad un tribunale - Concorrenza sleale - Procedimento davanti alla Commissione europea - Irrogazione di ammenda - Reiezione delle istanze sospensive - Osservanza dei diritti della difesa - Irricevibilità.

Per l'art. 34 della Convenzione la Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi Protocolli (...).

L'art. 34 CEDU chiede che il ricorrente possa sostenere di essere effettivamente leso dalla pretesa violazione. La Corte ha, tuttavia, ammesso che un ricorrente possa dichiararsi "vittima potenziale". A tal fine è necessario che produca prove plausibili e convincenti della probabilità del sopravvenire di una violazione di cui subirà personalmente gli effetti, non essendo sufficienti semplici sospetti e congetture.

* In argomento v. *infra*, p. 549 ss., il commento di *FABIO BUONOMO*.

(Omissis) **In diritto**

La Cour rappelle (...) que jamais dans les affaires examinées par elle à ce jour elle n'a eu à se pencher sur des événements intervenus après ceux à l'origine des griefs. Dans de telles circonstances, la question peut se poser de savoir si le requérant a ou non perdu la qualité de «victime». Ainsi, dans l'affaire *Dalban c. Roumanie*, la condamnation incriminée avait été annulée en conséquence d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par le procureur général de la Cour suprême. La Cour réaffirma qu'«une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de «victime» que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention». Eu égard aux faits de l'espèce, la Cour conclut que la violation avait été reconnue mais non adéquatement réparée (arrêt du 28 septembre 1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-VI, p. 236, par. 44, avec le renvoi qu'il comporte). Dans l'affaire *Constantinescu c. Roumanie*, la Cour a jugé que l'acquiescement du requérant – là encore à l'issue d'une procédure qui avait été rouverte après qu'une première condamnation fut devenue définitive – ne constituait ni une reconnaissance de la violation commise ni une réparation adéquate (arrêt du 27 juin 2000, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VIII, p. 38, par. 42-43).

La Cour note que les exemples jurisprudentiels mentionnés dans les deux paragraphes qui précèdent sont indépendants l'un de l'autre. Le premier concerne la nature et la portée des conditions qu'un requérant doit remplir pour pouvoir se dire victime d'une violation de la Convention et le contrôle de la réunion de ces conditions. Le second a trait à la question de savoir si dans un cas où la violation alléguée a déjà eu lieu des événements subséquents peuvent faire perdre au requérant la qualité de «victime» et, si oui, dans quelles conditions.

La Cour observe que la présente affaire se rapporte à une procédure qui n'était pas terminée au moment de l'introduction de la requête. Le grief principal était tiré d'une privation de l'accès à la justice. La société requérante soutenait que si l'amende qui lui avait été infligée était recouvrée avant que la procédure ne connût son aboutissement judiciaire elle devrait passer pour avoir été privée de l'accès à la justice. Elle invoquait à cet égard, en substance, la jurisprudence *Segi et Gestoras Pro-Amnistia* et autres précitée, soutenant qu'elle avait produit des preuves plausibles et convaincantes de la probabilité de survenance d'une violation dont elle subirait personnellement les effets.

Ainsi qu'il ressort des événements ultérieurs, la société requérante n'acquitta son amende ni volontairement ni à la suite d'une exécution forcée, et non seulement le recours formé par elle contre la décision de la Commission fut examiné, mais il déboucha (de même d'ailleurs que ceux introduits par les autres sociétés) sur l'annulation définitive de l'amende.

Ainsi, les faits de la présente espèce n'ont jamais été de nature à permettre à la société requérante de se dire victime d'une violation de ses droits découlant de la Convention.

(Omissis)

LA SENTENZA *SENATOR LINES* DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO TRA SUGGERIMENTI CONTENUTISTICHE E PECULIARITÀ PROCEDURALI

1. L'immediata esecutorietà di un atto amministrativo che irroga una sanzione pecuniaria; la possibilità di sospenderla mediante fideiussione bancaria; la ricorribilità ad una sede giurisdizionale contro l'atto e la possibilità di una fase interinale sospensiva a contraddittorio limitato nel presupposto dell'urgenza. Sembra un *déjà vu* del diritto amministrativo continentale degli ultimi due secoli, ed invece è il nuovo punto di frizione dei due ordinamenti sovranazionali del vecchio continente, l'Unione europea ed il Consiglio d'Europa: una frizione "provvidenzialmente" deflazionata negli ultimi sei mesi grazie a due decisioni speculari con cui sia la Corte di Lussemburgo che quella di Strasburgo hanno fatto un passo indietro; ma una frizione che, salvo rimedi deducibili dal Trattato costituzionale europeo, è destinata a riesplodere con virulenza nell'immediato futuro.

La doglianza della società di trasporto marittimo *Senator Lines* nasceva dall'irrogazione di una multa, ad opera della Commissione europea, per violazione della normativa comunitaria a tutela della libera concorrenza (alla *Senator Lines* così come ad altre quindici società). Nonostante che la Commissione avesse offerto la sospensione dell'esecuzione della multa in pendenza di impugnazione al sistema giurisdizionale europeo, la ditta non se n'era valsa a causa della condizione cui tale facoltà era assoggettata, cioè la stipula di apposita fideiussione bancaria. Per questo motivo il ricorso ai giudici di Lussemburgo, intrapreso dalla ditta, non aveva sospeso l'applicazione della multa; di conseguenza la Commissione europea – che s'era astenuta dall'agire in pendenza delle istanze sospensive avanzate dalla ricorrente, fino a quando queste furono re-

spinte sia in primo che in secondo grado secondo la procedura monocratica vigente a Lussemburgo – nel marzo 2001 ottenne la formula esecutiva dalle autorità tedesche richieste di procedere all'esecuzione forzata. Il ricorso a Strasburgo indusse la Commissione a soprassedere ancora all'applicazione della richiesta di esecuzione e, il 30 settembre 2003, essa venne definitivamente meno a seguito dell'annullamento della multa pronunciato dal Tribunale di prima istanza dell'Unione europea con sentenza rimasta inappellata.

Quest'esito ha offerto il fianco alla Corte europea dei diritti dell'uomo per chiudere la vicenda con la decisione 10 marzo 2004¹, negando la qualità di vittima alla società ricorrente, in ragione del fatto sopravvenuto rappresentato dalla vittoria a Lussemburgo: i giudici strasburghesi – per annettere ad un soggetto la qualifica di vittima potenziale – pretendono che il ricorrente versi in una situazione tale da dimostrare in modo ragionevole e convincente la probabilità che egli sarà personalmente colpito da una violazione della Convenzione. Tale giudizio prognostico può apparire fondato all'inizio della procedura e poi ricevere una smentita successivamente, e questo sarebbe avvenuto nel caso di specie grazie alla sentenza lussemburghese inappellata ed alla mancata esecuzione della multa sia prima che dopo tale evento. Ma la giurisprudenza strasburghese sulla sopravvenienza di fatti nuovi (che facciano cessare la qualità di vittima) è piuttosto rigorosa circa il requisito del riconoscimento della violazione e dell'adeguata riparazione che deve esserne derivato, per far cessare la procedura alla Corte europea dei diritti dell'uomo².

Diventa così indispensabile, per poter esprimere un giudizio in ordine alla scrupolosità della decisione strasburghese, ripercorrere sia pur brevemente la vicenda processuale dipanatasi dinanzi al Tribunale di prima istanza lussemburghese. Orbene, la sentenza 30 settembre 2003³, nei 1648 paragrafi di cui è composta, compie una disamina assai ampia di un'assai nutrita serie di doglianze sollevate dalle sedici ditte ricorrenti: benché quelle sulla violazione del diritto di difesa fossero numerose e coprissero virtualmente tutte le fasi procedurali della Commissione, un unico profilo di violazione in proposito è stato riconosciuto dal Tribunale. Si trattava del fatto che la richiesta di informazioni rivolta dalla Commissione alle ditte non lasciava trasparire la volontà di utilizzare tre documenti⁴ che avrebbero dimostrato la volontà di

¹ Su ricorso n. 56672/00. Il testo della decisione, assunta dalla Grande Camera, è reperibile nella banca dati della Corte, accessibile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/>.

² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 27 giugno 2000, *Dalban c. Romania* [GC], n. 28114/95, § 44, in *European Court of Human Rights' Reports 1999-VI*, e 27 giugno 2000, *Constantinescu c. Romania*, n. 28871/95, § 40, *European Court of Human Rights' Reports 2000-VIII*.

³ Tribunale di prima istanza, terza sezione, sentenza 30 settembre 2003 in cause riunite n. T-191/98, n. T-212/98, n. T-213/98 e n. T-214/98, reperibile nella banca dati della Corte di giustizia, accessibile sul sito <http://www.curia.eu.int>.

⁴ La lettera della società Hanjin del 19 agosto 1994, la lettera del cartello TACA del 30 gennaio 1996 e la nota del medesimo cartello del 15 febbraio 1996.

alterare le regole del mercato, ma sui quali le ditte non ebbero la possibilità di controdedurre. Eppure, il Tribunale precisò che tale declaratoria di violazione del diritto di difesa non sarebbe stata idonea a produrre l'annullamento dell'intera decisione della Commissione di irrogare le multe, a meno che non si fosse dimostrato che essa non riposasse unicamente su questi documenti. Si tratta di un'analisi da cui il Tribunale di prima istanza si astenne, per l'elementare motivo che pervenne all'annullamento della decisione su tutt'altro capo della sentenza, quello teso a dimostrare che nel merito la Commissione europea aveva mancato di dimostrare l'esistenza di abusi del libero mercato: in ordine al primo abuso contestato (violazione dell'art. 85 del Trattato CE), il Tribunale negò che vi rientrasse la pattuizione di mutua conoscenza della disponibilità e dei contenuti dei contratti di servizi delle ditte facenti parte del cartello di imprese⁵; in ordine al secondo abuso contestato (violazione dell'art. 86 del Trattato CE), il Tribunale negò che il cartello inducesse i potenziali competitori ad associarsi ad esso⁶. Di conseguenza, nonostante fossero stati respinti altri due titoli di ricorso nel merito⁷, il Tribunale ritenne ingiustificata l'imposizione delle multe ed annullò⁸ la relativa parte della decisione della Commissione, ma nel contempo dichiarò inammissibile la richiesta di condanna ai danni avanzata da taluni dei ricorrenti in ragione del costo rappresentato dalla necessità di accendere fideiussione bancaria per evitare l'immediata esecutorietà delle multe.

Visto che la *Senator lines* non era tra le ditte che avevano acceso fideiussione, quest'ultima parte della sentenza non la interessava. Ma, per converso, essa era rimasta sotto la spada di Damocle della condanna per tutto il periodo in questione (anche per la reiezione delle istanze sospensive da parte del Presidente del Tribunale di prima istanza e da parte del Presidente della Corte di giustizia in secondo grado) e solo la richiesta della Corte di Strasburgo in via provvisoria di non alterare lo stato di causa aveva indotto la Commissione europea a soprassedere ancora all'applicazione della richiesta di esecuzione della multa a suo carico. Non può quindi negarsi una certa fondatezza alla doglianza secondo cui i costi della lunga contesa giudiziaria (anche morali, perché la multa anche se ineseguita aveva comportato pubblicità negativa e precarietà economica) non erano stati interamente soddisfatti dalla sentenza del Tribunale di prima istanza; ma, ad una sommaria disamina, è discutibile anche che da quella sede sia venuto quel riconoscimento della violazione su-

⁵ Tribunale di prima istanza, terza sezione, sentenza 30 settembre 2003, *cit. supra*, nota 3, par. 1190.

⁶ *Loc. cit.*, par. 1368.

⁷ Si trattava della violazione del regolamento n. 4056/86 e del mancato rispetto della legge statunitense.

⁸ *Loc. ult. cit.*, par. 1634.

bita dal ricorrente che, per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, è il presupposto indefettibile per perdere la qualità di vittima.

2. L'ambito della contesa, comunque, era assai più ampio, ed è rimasto in certa misura disatteso: la società, nel presentare ricorso a Strasburgo, aveva scelto di contestare in radice il sistema sanzionatorio comunitario, che a suo dire violava l'art. 6 della Convenzione. Nella fattispecie, la ditta riteneva che il diritto di libero accesso ad un tribunale fosse stato leso dal fatto che la multa fosse stata irrogata e che fosse esecutiva (sia pur nella forma "attenuata" che consentiva di evitarne i rigori nelle more del giudizio mediante la fideiussione): secondo un modo di procedere tipicamente anglosassone, la ricorrente pretendeva alternativamente o che il ricorso all'organo giurisdizionale sospendesse automaticamente l'esecutività della multa, oppure che l'organo responsabile dell'istruttoria fosse diverso da quello che irroga la sanzione. In altri termini, era il modello amministrativo "continentale" ad essere contestato: l'amministrazione pubblica sarebbe soltanto una parte nel *due process of law*, che avrebbe dovuto sottostare alla potestà decisoria di un organo terzo – atto ad esprimersi in via definitiva, previo rispetto del contraddittorio – prima che l'atto amministrativo finale fosse dotato di efficacia esecutiva.

Una simile configurazione non cessa di dispiegare un forte potere suggestivo: se a livello nazionale, chi più chi meno, tutti gli Stati dell'Unione hanno proclamato principi di complementarità, proporzionalità ed adeguatezza dell'azione amministrativa, forte è la richiesta che il conferimento di pubblici poteri autoritativi a sedi sovranazionali non si sottragga a questi medesimi principi.

Che la "procedura amministrativa europea" non contempri sempre garanzie di contraddittorio preliminare all'adozione dell'atto – le stesse che sono note oramai a tutti gli ordinamenti nazionali europei – è questione sufficientemente lamentata in dottrina⁹ da non dover essere sceverata ulteriormente: semmai, è interessante notare che ben quattro autorevoli rappresentanze associative internazionali¹⁰ hanno colto l'occasione rappresentata dal ricorso della società di trasporto marittimo *Senator Lines* alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per lamentare in sede giurisdizionale un pericolo che da sempre si considera sotteso ad ogni conferimento di poteri statuali ad organizzazioni internazionali. Si tratta del pericolo di sottrarre a tutela giurisdizionale il riconoscimento costituzionale fatto a livello nazionale di taluni diritti, in virtù del conferimento di poteri autoritativi ad un diverso ordinamento – quello sovra-

⁹ Cfr. per tutti D. CALONNE, *En attendant Senator Lines ... Reflexion sur une protection plurielle des droits de l'homme en Europe*, Geneve, Publications Eurypa, 2003.

¹⁰ Il *Conseil des barreaux de l'Union européenne* (CCBE), l'Associazione europea dei giuristi d'impresa («AEJE»), la Federazione internazionale delle leghe dei diritti dell'uomo (FIDH) e la Commissione internazionale dei giuristi (CIJ).

nazionale – non tenuto al rispetto di quei vincoli costituzionali in quanto non espressamente menzionati nel Trattato istitutivo dell'organizzazione internazionale.

Proceduralmente, lo strumento prescelto per conseguire il risultato dell'intervento del terzo nel giudizio è stato quello di assumere la veste dell'*amicus curiae*¹¹: una possibilità che a Strasburgo si fonda sul combinato disposto degli artt. 36 par. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 61 del Regolamento della Corte, e che di recente va emancipandosi dalla tradizionale concessione "graziosa" per assumere in particolari casi i connotati di un vero e proprio diritto¹². Peraltro, già in via giurisprudenziale la Corte ha registrato, in proposito, un'interessante evoluzione, che l'avvicina ai modelli di *Common law* assai più che a quelli continentali¹³.

La stessa possibilità di un concorso eterogeneo di *amici curiae* – da un lato associazioni di privati spesso in rappresentanza di interessi diffusi, dall'altro lato soggetti istituzionali – ha ricevuto proprio in questa circostanza un riconoscimento inconfutabile con l'ammissione dell'intervento della Commissione europea¹⁴. L'evoluzione della *class action* in ambito anglosassone¹⁵ s'è

¹¹ Per una disamina dell'evoluzione dell'istituto e dei suoi presupposti teorici, esaustiva dei profili di diritto degli scambi internazionali, cfr. E. BARONCINI, *L'apertura alla società civile del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: gli amici curiae*, in questa *Rivista*, 2003, p. 115 ss.

¹² Si tratta della possibilità, riconosciuta dal Protocollo n. 14 (che emenda il sistema di controllo della Convenzione ed è stato aperto alla firma dal Comitato dei ministri nella 114^a sessione ministeriale, tenutasi il 12 e 13 maggio 2004) che il Commissario per i diritti umani intervenga, con memorie scritte o nell'udienza, nei casi pendenti dinanzi ad una camera o dinanzi la Gran Camera, ai sensi del par. 3 come introdotto nell'art. 36 della Convenzione dalla modifica così sottoposta alla ratifica degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

¹³ Cfr. N. TROCKER, *L'"amicus curiae" nel giudizio davanti alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 119 ss.; E. BERGAMINI, *L'intervento amicus curiae: recenti evoluzioni di uno strumento di common law fra Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 2003, p. 181 ss. In ordine al rischio che tale evoluzione si spinga fino a riconoscere un generico interesse di terzo indipendente da quello delle parti (passando dall'intervento *ad adiuvandum* a quello *ad excludendum*) cfr. F. BUONOMO, *Udienza del caso Perna (o Caselli?) contro Italia: l'inedita figura del terzo interveniente*, edizione *on line* di *Diritto & Giustizia*, 26 settembre 2002.

¹⁴ Per i contenuti di quest'intervento e per le modalità con cui s'è inserito nel sistema convenzionale supplendo alla carenza di *locus standi* della Comunità europea come organizzazione internazionale separata dai singoli Stati membri, cfr. E. BERGAMINI, *L'intervento amicus curiae*, *cit. supra*, nota 13.

¹⁵ Rispetto alla quale anche il diritto continentale europeo va adeguandosi rapidamente, esercitando un effetto di "traino" sul diritto nazionale nostrano: da ultimo, v. la sentenza 27 giugno 2000 in cause riunite da n. C-240/98 a n. C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores* (in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941 ss., punto 27), in cui la Corte di giustizia della Comunità europea ha statuito che la diseguaglianza tra il consumatore e il professionista in caso di clausole vessatorie può essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale, e ciò anche quando le clausole di cui sia invocata l'illiceità non siano state inserite in un contratto determinato, ma soltanto raccomandate da professionisti o da loro associazioni. Poiché l'art. 146-sexies del codice civile italiano, ai sensi della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 24 gennaio 2002 in causa n. C-372/99, in *Raccolta*, 2002, I, p. 819, non recepiva integralmente questo modello (fondato sulla direttiva n. 93/13, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori), l'art. 6 della legge 3 febbraio 2003, n. 14 ha provveduto a modificarlo, con conseguente ulteriore ampliamento della platea della legittimazione processuale, non più solo dal lato attivo ma anche dal lato passivo: in tal modo, si potrà ora avere in giudizio

andata arricchendo della stessa tipologia "istituzionale" di interventi di terzo esterno alla causa *a quo*: è recentissima la risoluzione, ad opera della Corte suprema degli Stati Uniti d'America, del caso *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empragran S.a.*¹⁶, in cui oltre a Governi stranieri¹⁷ è sceso in campo a favore dei convenuti come *amicus curiae* anche il Governo degli Stati Uniti. La controparte, in quel caso, fu rappresentata da associazioni professionali e di rappresentanza di interessi diffusi¹⁸, il cui intervento a favore degli attori proponeva l'estensione al di fuori del criterio di territorialità della disciplina nazionale *antitrust*, percepita come di maggiore tutela del mercato competitivo. Alle lacune di un ordinamento giuridico internazionale giudicato insufficientemente garantistico, si prospettavano così soluzioni di "autarchia dei valori giuridici", respinte seccamente dalla Corte suprema statunitense; invece, nel caso *Senator lines* la peculiare intersecazione di ordinamenti sovranazionali europei ha consentito agli *amici curiae* di natura non istituzionale una linea di attacco più raffinata, che prevedibilmente si riproporrà in futuro se in nodo dei rapporti tra le istituzioni europee non sarà sciolto in modo soddisfacente.

3. Mentre le doglianze dei difensori dell'autarchia garantistica sono finora cadute nel vuoto (dinanzi alle sempre più pressanti esigenze della globalizzazione anche normativa), in compenso è sorta un'altra più interessante linea di difesa dei diritti, che passa proprio per l'ordinamento internazionale. Essa fa

una vera e propria battaglia processuale tra associazioni (da un lato di consumatori, dall'altro di professionisti), del tutto svincolata da un caso concreto di utilizzo (nel caso in cui alla raccomandazione della clausola non abbia fatto seguito un effettivo suo uso in concreto).

¹⁶ Corte suprema degli Stati Uniti, sentenza 14 giugno 2004, n. 03-724, reperibile nella banca dati della Corte accessibile sul sito www.supremecourt.us; essa ha annullato una decisione della Corte d'appello del distretto di Columbia, che aveva affermato la giurisdizione in ordine alla citazione intentata da cinque attori stranieri a nome di acquirenti d'oltremare di prodotti vitaminici, che si ritenevano lesi dalla condotta acclaratamente anticompettiva delle ditte convenute.

¹⁷ Si trattava di Germania e Belgio, Giappone e Canada. L'ampia liberalità con cui la Corte suprema degli Stati Uniti ammette questi interventi da soggetti non appartenenti all'ordinamento nazionale è riscontrabile anche in materie diverse, compresa quella assai delicata dell'applicazione dell'*habeas corpus* ai detenuti di Guantanamo, in cui s'è avuto tra l'altro il deposito di una memoria come *amici curiae* di centosettantacinque membri del Parlamento britannico a sostegno dei ricorrenti nelle cause *Rasul et al. v. George W. Bush* ed *Al Odah et al. v. George W. Bush*. La veste dell'*amicus curiae* non è però riconducibile solo all'appartenenza *singulatim* ad un organo parlamentare, giacché proprio nel nostro ordinamento per la prima volta una Camera del Parlamento ha deliberato di intervenire nella sua interezza in un giudizio di costituzionalità: è avvenuto il 21 aprile 2004 nel Senato italiano, con l'approvazione di quella che esplicitamente si qualifica come una memoria con cui svolgere la funzione di *amicus curiae* dinanzi alla Corte costituzionale (Senato della Repubblica, XIV legislatura, Documento XVI, n. 10: *Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari sull'affare relativo all'intervento del Senato nel giudizio della Corte costituzionale sugli artt. 6 e 7 della legge 20 giugno 2003, n. 140, a seguito della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione – Sezione IV penale – con ordinanza 4 febbraio-9 marzo 2004, n. 10772, p. 3).*

¹⁸ Tra gli altri, intervennero, con unico *brief*, il Comitato per sostenere le leggi *antitrust* e la *National Association of securities and consumer attorneys*.

ricorso a quei mezzi di tutela dei diritti umani che sono oggetto di appositi strumenti pattizi, com'è il caso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: si richiede ad essi di vantare una primazia – in termini di ottemperanza dovuta a sistemi convenzionali da cui scaturisce la responsabilità internazionale degli Stati autori del successivo conferimento di poteri – nei confronti dell'organizzazione internazionale autrice dell'atto autoritativo in questione. Non solo questo, nel caso europeo, si traduce in un nuovo episodio della "guerra delle Corti" tra Strasburgo e Lussemburgo; ciò comporta anche una critica serrata dei meccanismi di adattamento attraverso i quali i due sistemi hanno sin qui fatto ingresso negli ordinamenti nazionali.

I trattati relativi alle Comunità europee, va rilevato, non hanno mai contenuto in passato una precisa elencazione dei diritti fondamentali. L'art. 6 comma 1 del Trattato sull'Unione europea si limita ad enunciare che «l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; il comma 2 della medesima disposizione, poi, richiama sia i diritti tutelati dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, sia i diritti che «risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Va però notato che l'unico meccanismo diretto di *enforcement* di questa proclamazione, quello introdotto all'art. 7 dal Trattato di Amsterdam, si applica soltanto ai principi sanciti dal comma 1 dell'art. 6. Pertanto la Corte di giustizia dell'Unione europea, finora, ha recepito nella sua attività giurisdizionale i diritti umani soltanto *per relationem*, enucleandoli non solo sulla base della Convenzione stessa, ma anche alla stregua delle tradizioni costituzionali degli Stati membri; ne è derivato un filtro che la Corte di Lussemburgo ha giustificato con la necessità di rapportare le tradizioni costituzionali comuni e la Convenzione alle finalità del Trattato dell'Unione, ma che è stato piuttosto criticato in dottrina come forma di tutela affievolita¹⁹. Lo stesso Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo Luzius Wildhaber, all'esordio dell'anno giudiziario 2004, non ha mancato di evidenziare un caso "minore" della giurisprudenza strasburghese dell'anno precedente, la sentenza 30 settembre 2003 nel caso *Koua Poirrez c. Francia*²⁰, in cui la sua Corte offrì tutela al ricorrente dopo che questi, sulla medesima fattispecie, aveva ricevuto un diniego a Lussemburgo (dove le sue doglianze di violazione dei diritti umani furono ritenute soccombenti rispetto a considerazioni di diritto comunitario).

¹⁹ Resoconto del convegno «Corti europee e corti nazionali», 12 gennaio 2001, presso il seminario dell'Istituto di studi giuridici della facoltà di giurisprudenza della Libera Università G. Carli di Roma, pubblicato nel bollettino n. 16/2001 dell'Osservatorio costituzionale, intervento del prof. G. Zagrebelsky.

²⁰ Ricorso n. 40892/98. La sentenza è stata menzionata nell'allocuzione introduttiva dell'anno giudiziario della Corte, pubblicata sull'edizione *on line* di Diritto & Giustizia, 28 gennaio 2004.

L'ingresso dell'Unione europea nel sistema convenzionale di Strasburgo è la possibile soluzione al problema del sindacato che la Corte di Lussemburgo già adesso conduce richiamando la CEDU ai sensi dell'art. 6 del Trattato dell'Unione: sono note però le difficoltà che nello scorso decennio questa soluzione ha trovato sia sotto il profilo teorico che istituzionale. Il problema andrà accentuandosi laddove la Corte di giustizia dovesse applicare appieno la Carta europea dei diritti: in sede di sua redazione già si pose la questione – consequenziale all'individuazione di una clausola evolutiva che ne consentisse l'aggiornamento, rapportata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – del coordinamento tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta in corso di elaborazione (e quella del coordinamento fra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia delle Comunità europee). Ci si preoccupava, in altri termini, del rischio di divergenti se non contraddittorie interpretazioni giurisprudenziali dello stesso diritto (il che significa differenti *standard* di tutela) da parte delle varie giurisdizioni, che potessero essere adite a livello nazionale, comunitario ed europeo.

In realtà, per "scavalcare" questi ostacoli formali la *Senator lines* ha adottato la strada in assoluto più complessa, cioè quella di convenire in giudizio tutti i quindici Stati membri dell'Unione²¹. La pronuncia sul rito con cui la questione è stata chiusa ha esentato la Corte dal giudicare anche la correttezza di questa scelta, contestata da tutti i governi convenuti, ma che trovava un certo fondamento nella lettura della sentenza 18 febbraio 1999, sul caso *Matthews c. Regno Unito di Gran Bretagna*²²: in quella fattispecie i giudici della Corte europea dei diritti umani notarono che «la Comunità europea non è parte contraente» della Convenzione, ma lasciarono intendere che ciò non osta a sindacare indirettamente gli atti dell'Unione, visto che il trasferimento di competenze dagli Stati parte ad un'organizzazione internazionale non esime dal rispetto della Convenzione e, pertanto, gli Stati parte continuano ad essere responsabili degli atti che l'organizzazione internazionale cui hanno trasferito sovranità quando essi siano assunti in violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione.

È chiaro quindi che l'orizzonte prefigurato dalla sentenza *Matthews* è tutto indirizzato a conseguire (seppure con l'artificio mediato dell'interposizione dello Stato firmatario) lo scopo di assoggettare alla Convenzione anche gli atti dell'Unione europea: il termine di paragone dovrebbe essere il diritto del-

²¹ Secondo un modello già palesatosi nel ricorso n. 52207/99 (*Vlastimir e Borica Bankovic, Zivana Stojanovic, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovic e Dragan Sukovic v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*), peraltro dichiarato inammissibile dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 dicembre 2001 (Reports of Judgments and Decisions, 2001-XII).

²² Ricorso n. 24833/94.

l'uomo in sé (compreso quello di difesa e di libero accesso alle Corti tutelato dall'art. 6 CEDU), prescindendo da quella dottrina della "protezione equivalente" che è stato invocato dai Governi resistenti per sostenere²³ che occorre una chiara indicazione dell'assenza di protezione equivalente dei diritti nel sistema comunitario, per poter attivare il ricorso al sistema convenzionale del Consiglio d'Europa. Effettivamente, questa sarebbe stata l'occasione per verificare se questo margine di "non aderenza" sussiste ancora, o se invece gli Stati sono liberamente convenibili innanzi alla giurisdizione strasburghese per condotte degli organi comunitari lesivi dei diritti umani, esattamente come lo sarebbero per condotte imputabili ai propri organi nazionali o interni.

Una sentenza di merito, cioè, avrebbe consentito di verificare se la giurisprudenza, riferita agli atti nazionali di recepimento del diritto comunitario, è applicabile anche quando si è alle prese con atti sottoposti al controllo della Corte di giustizia della Comunità europea e, pertanto, evidentissimo sarebbe il concorso di due scrutini giurisdizionali potenzialmente divergenti. L'occasione, per il momento, è stata persa, ma c'è da credere che non ne mancheranno in futuro, e senza che il *fair play* tra le Corti deflazioni quella che resta una questione di grandissimo rilievo pratico²⁴ prima che scientifico.

²³ In base ad una giurisprudenza più datata, quella della Commissione dei diritti umani, decisione 9 febbraio 1990, *M. & Co. c. Germania*, n. 13258/87, DR 64, p. 138.

²⁴ Il dato politico è rappresentato da una serie di raccomandazioni delle due Assemblee parlamentari delle due organizzazioni internazionali, a cui hanno fatto seguito le dichiarazioni del commissario europeo per giustizia e affari interni, Antonio Vitorino, il 17 aprile 2002 al Parlamento europeo: «è quanto meno illogico che per i Paesi candidati all'adesione all'Unione la ratifica della Convenzione europea costituisca una condizione necessaria, quando l'Unione stessa ed i suoi atti giuridici sfuggono ancora ai meccanismi di controllo stabiliti da quella stessa Convenzione. (...) L'adesione dovrebbe poter essere possibile sia per le Comunità europee che per l'Unione europea; nel quadro dell'adesione, le Comunità dovrebbero essere trattate su un piano di parità con le altre parti contraenti, sia in termini di diritti che di obbligazioni. Le modalità pratiche di attuazione di questo principio devono essere oggetto di un esame approfondito, che individui le soluzioni che meglio tutelino gli interessi della Comunità ed i diritti fondamentali dei singoli. Le relazioni tra la giurisdizione comunitaria e la Corte europea dei diritti dell'uomo devono essere affrontate in modo da assicurare gli interessi dell'ordine giuridico comunitario» (*Audience publique de la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du PE*, reperibile nella banca dati del Parlamento europeo accessibile sul sito <http://europarl.eu.int>). Il primo passo lo ha fatto il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che – in occasione della stesura del Protocollo n. 14 (che, come detto *supra*, nota 12, quando sarà ratificato emenderà il sistema di controllo della Convenzione) – ha prescelto per il nuovo par. 2 dell'art. 59 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la formulazione tassativa «l'Unione europea può accedere a questa Convenzione», superando così i motivi formali che portarono al parere n. 2/94 della Corte di giustizia delle Comunità europee contrario all'adesione alla Convenzione (per il quale cfr. 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 ss.). Restano però da definire quanto meno le circostanze entro le quali si possa dire che nell'ambito dell'ordinamento comunitario sono stati esperiti i ricorsi interni (al cui previo esaurimento l'art. 35 della Convenzione condiziona la ricevibilità dei ricorsi), e più in generale i rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali di Nizza – in procinto di abbandonare la qualifica di *soft law* per assumere valore realmente cogente – e la Convenzione: rapporti sceverati tutti nel parere che la Commissione europea per la democrazia mediante la legge (c.d. *Venice Commission*) ha pronunciato il 12-13 dicembre 2003 (opinione n. 256/2003, *on the implications of a legally-binding EU Charter on fundamental rights on Human rights protection in Europe*). È il motivo per il quale i redattori del rapporto illustrativo al Protocollo n. 14 danno abbondantemente conto della relazione del Comitato permanente dei diritti umani (CDDH, documento DG-II (2002)006), che esprimeva preferenza per un trattato d'accesso stipulato da una

Non è un caso che persino tradizioni giuridiche assai ostili a riconoscere uno scrutinio sovranazionale sulle decisioni delle Corti domestiche, abbiano acceduto ad un sindacato sull'equo trattamento che va riservato agli operatori economici nel rispetto degli *standard* minimi di diritto internazionale. È quanto imposto dal capo undicesimo del Trattato di libero scambio del Nordamerica (Nafta), che – sia pur entro i limiti di una giurisdizione arbitrale, attingibile solo dagli investitori di uno dei tre Stati parte che si trovino ad operare in uno degli altri due – all'art. 1115 incardina un meccanismo di risoluzione delle controversie volto ad assicurare «parità di trattamento (...) in conformità con i principi della reciprocità internazionale e dell'equo processo dinanzi ad un tribunale imparziale».

La parte precettistica (unitamente ad un'interessante disciplina dell'espropriazione di cui all'art. 1110) ruota intorno all'art. 1105 del Trattato Nafta, che garantisce agli investimenti di operatori di ognuno degli altri Stati contraenti un trattamento «in conformità con il diritto internazionale, incluso equo e giusto trattamento e piena protezione e sicurezza». La parte processuale si conclude con la previsione della possibilità di comminare allo Stato parte inadempiente una condanna al risarcimento dei danni monetari, eventualmente con la restituzione della proprietà se possibile (art. 1135), ma sono espressamente esclusi i *punitive damages*. Nel caso *Loewen v. Mississippi jury*, risolto il 26 giugno 2003 da uno di questi tribunali arbitrali²⁵, lo scrutinio sulla procedura seguita da una corte nazionale U.S.A. fu particolarmente incisivo, spingendosi a definirla «chiaramente impropria e meritevole di discredito»; anche quando lo scrutinio si è concluso a favore dell'operato della Corte nazionale, come nel caso *Mondev International v. United States*, il foro arbitrale è entrato nel merito, sormontando la dottrina dell'«immunità sovrana» con cui il comune di Boston aveva vittoriosamente arginato il ricorso innanzi alla Corte suprema dello Stato del Massachusetts (decisione 11 ottobre 2002).

Ecco perché appare retrogrado addurre ostacoli giuspubblicistici a quello che, tramite le sedi giurisdizionali ed arbitrali internazionali, si rivela come un nuovo ambito di tutela: l'orizzonte resta quello delineato da chi, come A. Casese, ha osservato che «quella dei diritti umani è una "galassia" ideologico-normativa in rapida estensione e con una meta precisa: accrescere la salvaguardia della dignità della persona»²⁶.

Fabio Buonomo*

parte dagli Stati del Consiglio d'Europa e l'Unione europea dall'altra parte (*Explanatory report to CETS 194*, § 101).

²⁵ Si tratta dell'*International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*; la banca dati delle relative decisioni è reperibile sul sito della Banca mondiale <http://www.worldbank.org/icsid>.

²⁶ A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, Laterza, 1999.

* *Special Assistant to the Chief Justice*, nella *United Nations Mission of Support in East Timor (UNMISET)*.

**LA PRIMA PRONUNCIA IN MATERIA COMUNITARIA DELLA
CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA DI SLOVENIA:
LA DECISIONE SOSPENDE TEMPORANEAMENTE, FINO ALLA
SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, LE DISPOSIZIONI
NAZIONALI CHE HANNO RECEPITO LA DIRETTIVA SULLA
"FORMULA APERTA" DEI MANGIMI**

**Corte costituzionale slovena
Decisione dell'8 luglio 2004 n. U-I-113/04-17***

Istanza della società Jata Ernona ed altri

Adesione della Slovenia all'Unione europea - Obbligo degli Stati membri di applicare le direttive comunitarie - Concessione di un provvedimento urgente che rende provvisoriamente inapplicabili disposizioni attuative di una direttiva comunitaria - Ammissibilità - Condizioni - Necessità del rinvio a titolo pregiudiziale alla Corte per l'accertamento di validità - Danno grave e irreparabile - Presa in considerazione dell'interesse della Comunità - Rispetto della giurisprudenza comunitaria in materia.

L'esecuzione delle disposizioni di cui all'art. 12, par. 1, lett. 1. nonché di cui all'art. 14, par. 5, lett. a. del decreto riguardante la qualità, l'etichettatura e l'imballaggio dei mangimi viene sospesa mediante un provvedimento provvisorio fino alla decisione definitiva della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla validità dell'art. 1, par. 1, lett. a. della direttiva n. 2002/2/Ce

* La sentenza della Corte costituzionale della Repubblica slovena costituisce una vera e propria "primizia". È la prima volta, infatti, se non andiamo errati, che una Corte di uno dei dieci nuovi Stati membri che hanno aderito all'Unione europea, pronuncia una decisione in materia di diritto comunitario. E tale sentenza riguarda il problema sollevato dalla direttiva n. 2002/2 sulla formula aperta dei mangimi che ha determinato una rivolta generale dei produttori europei di mangimi come è stato segnalato nella nota introduttiva alla sentenza della Corte costituzionale tedesca più avanti riportata (cfr. *infra* p. 561 ss. con nota di B. KLAUS, p. 563 ss.).

del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che modifica la direttiva n. 79/373/Cee del Consiglio relativa alla circolazione dei mangimi composti per animali e che abroga la direttiva n. 91/357/Cee della Commissione, nonché sull'art. 1, par. 4 della stessa direttiva in quanto modifica l'art. 5c, par. 2, lett. a. della direttiva n. 79/373 del Consiglio relativa alla circolazione dei mangimi composti.

(Omissis) **In diritto**

Secondo l'atto sulle condizioni di adesione della Repubblica di Slovenia (ed altri) e sugli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea, dalla data di adesione i nuovi Stati membri sono considerati come destinatari delle direttive ai sensi dell'art. 249 Trattato CE notificate a tutti gli Stati membri attuali. Ciò significa che la Repubblica della Slovenia a partire da tale data è tenuta all'applicazione nonché all'attuazione nell'ordinamento interno delle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie.

Secondo esigenze di coerenza del sistema di tutela cautelare, la Corte di giustizia di Lussemburgo ha riconosciuto ai giudici nazionali la possibilità di disporre una sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale adottato sulla base di una normativa comunitaria purché sussistano determinati requisiti. Tale sospensione può essere concessa da un giudice nazionale a condizione che lo stesso *a.* nutra gravi riserve in ordine alla validità dell'atto comunitario e provveda direttamente ad effettuare il rinvio, nell'ipotesi in cui alla Corte di giustizia non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto contestato, *b.* ricorrano gli estremi dell'urgenza, *c.* sul richiedente incomba il rischio di subire un pregiudizio grave e irreparabile e *d.* il suddetto giudice tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità.

Dato che nel presente caso è già stata deferita la questione di validità della direttiva contestata alla Corte di giustizia e dato che la *High Court of Justice* inglese a tal riguardo ha citato motivi, condivisi anche dalla Corte costituzionale della Repubblica della Slovenia, che fanno sorgere gravi riserve circa la validità della direttiva contestata, non è necessario che anche questa Corte provveda al rinvio degli atti.

La rivelazione dei segreti aziendali e del *know-how* delle rispettive aziende come conseguenza dell'applicazione delle disposizioni contestate, provocherebbe un danno grave ed irreparabile. Dato che in vari Stati membri le disposizioni contestate sono state già sospese, l'interesse della Comunità all'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutta l'Unione europea non è toccato. Al contrario, poiché al momento le disposizioni contestate non vengono applicate in gran parte dell'Unione europea, l'esecuzione di tali disposizioni potrebbe influenzare negativamente le condizioni di concorrenza.

(Omissis)

**SECONDO LA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA
LE OPINIONI ESPRESSE DALLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE DI
ALTRI STATI MEMBRI SONO RILEVANTI ANCHE PER I GIUDICI
TEDESCHI QUANDO È IN DISCUSSIONE LA VALIDITÀ
DI UNA NORMA DI DIRITTO COMUNITARIO**

**Corte costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht)
Decisione del 27 luglio 2004 n. 1 BvR 1542/04***

Denkavit Futtermittel GmbH c. Land Nordrhein-Westfalen

Tutela giuridica effettiva garantita dalla Costituzione tedesca - Contestazione incidentale, dinanzi al giudice nazionale, della legittimità di una norma comunitaria - Concessione di un provvedimento urgente che rende provvisoriamente inapplicabile il diritto comunitario - Gravi riserve circa la validità di una direttiva comunitaria - Importanza per i giudici tedeschi delle opinioni sulla validità di una norma comunitaria espresse da autorità giudiziarie di altri Stati membri.

Il decreto dell'Oberverwaltungsgericht per il Land Nordrhein-Westfalen del 29 giugno 2004 – 20 B 1057/04 – viola il diritto fondamentale della ricorrente garantito dall'art. 19, par. 4 Legge Costituzionale; esso viene, pertanto, annullato. Si rinvia la causa all'Oberverwaltungsgericht.

(Omissis) **In diritto**

Il diritto fondamentale alla tutela giuridica effettiva contenuto nell'art. 19, par. 4, 1^a frase del *Grundgesetz* (Costituzione) non garantisce soltanto il diritto formale di adire le autorità giudiziarie, ma anche l'effettività della tutela giuridica. Ne consegue che la tutela giuridica, soprattutto nelle procedure cautelari, deve essere atta ad evitare che la parte che la richiede subisca un danno grave e irreparabile, quando può verificarsi che, al termine di un'azione di accertamento, la norma contestata, pur risultando illegittima, sia divenuta ormai irrevocabile.

* In argomento v. *infra*, p. 563 ss., il commento di *BARBARA KLAUS*.

A tale proposito, il giudice nazionale è competente a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento nazionale fondato su una norma comunitaria che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità. Perché il giudice nazionale possa concedere tali provvedimenti provvisori occorre, principalmente, che esso nutra "gravi riserve" sulla validità dell'atto comunitario.

Quando sia in discussione la validità di una norma di diritto comunitario, le opinioni espresse a tale proposito da autorità giudiziarie di altri Stati membri, anche se non giuridicamente vincolanti, sono comunque da prendere in considerazione anche dai giudici tedeschi. Di conseguenza non si può escludere l'esigenza di formulare "gravi riserve" circa la validità di una direttiva senza prima considerare le "gravi riserve", nonché le argomentazioni che ne stanno alla base, espresse da altre autorità giudiziarie**.

(Omissis)

*** Per una miglior comprensione delle vicende che hanno determinato la decisione della Corte costituzionale tedesca, qui commentata, riteniamo opportuno riportare qui di seguito una descrizione sintetica di tali vicende.*

I produttori europei di mangimi si sono opposti in via giudiziaria all'applicazione della direttiva n. 2002/2 (*Guce* n. L 63 del 6 marzo 2002, p. 23), nota come direttiva sulla "formula aperta" dei mangimi ed hanno fatto nascere in Europa un caso senza precedenti non solo dal punto di vista giudiziario, ma anche da quello politico-economico.

A seguito delle predette opposizioni, importanti Corti giudiziarie degli Stati membri dell'Unione europea (Francia, Inghilterra, Italia, Olanda, Irlanda e Slovenia) hanno sospeso l'applicazione della predetta direttiva all'interno dei rispettivi territori e tre di queste Corti, tra cui il Consiglio di Stato italiano, si sono rivolte alla Corte di giustizia per farne accertare l'eventuale illegittimità. Nel frattempo sono stati avviati nuovi procedimenti contro la stessa direttiva davanti alle Autorità giudiziarie di altri Stati membri. In conclusione, una direttiva, destinata ad essere applicata in tutta l'Europa comunitaria, trova effettiva applicazione in pochissimi dei 25 Stati membri. Le ragioni giuridiche di questa massiccia rivolta contro la direttiva sono state esposte negli atti presentati davanti alle Autorità giudiziarie sopra menzionate, le quali hanno ritenuto di poter prendere in considerazione gli argomenti fatti valere dalle imprese ricorrenti. Tali ragioni giuridiche vengono in prosieguo schematicamente esposte. La direttiva n. 2002/2 impone ad ogni produttore di mangime di indicare in etichetta la percentuale degli ingredienti utilizzati per produrlo, rivelando così ai concorrenti la propria formula industriale di produzione che dovrebbe restare patrimonio esclusivo dell'azienda produttrice.

La direttiva ha fondato tale imposizione sulla necessità di proteggere la salute degli animali e dell'uomo contro il morbo della mucca pazza ed altre malattie. Orbene, le Autorità giudiziarie sopra citate, che hanno sospeso l'applicazione della direttiva, hanno messo in evidenza, nelle loro ordinanze, che l'imposizione alle imprese di rivelare la loro formula industriale può prestarsi a diverse obiezioni sotto il profilo giuridico. Innanzitutto non sembra giustificata dal punto di vista sanitario, perché le aziende produttrici devono già obbligatoriamente indicare sull'etichetta di ogni confezione di mangime, in ordine decrescente, tutti gli ingredienti utilizzati per produrlo. Dall'osservanza di questo obbligo deriva che la composizione del mangime, sotto il profilo sanitario, viene resa nota a tutti gli acquirenti come pure alle Autorità di controllo le quali possono sempre e in ogni caso verificare anche la percentuale esatta degli ingredienti utilizzati.

Se, pertanto, l'obbligo di indicare chiaramente in etichetta gli ingredienti utilizzati appare sufficiente per salvaguardare la salute degli animali, non è sembrata giustificata alle Autorità giudiziarie l'ulteriore pretesa di esigere anche l'indicazione della percentuale degli ingredienti medesimi (con la conseguenza di rivelare la formula di produzione per ogni mangime composto). Essendo infatti già vietato per legge l'impiego di sostanze potenzialmente pericolose o nocive nella fabbricazione dei mangimi, sembrerebbe eccessivo imporre l'ob-

bligo di indicare la quantità esatta di tali sostanze, dato che la loro completa elencazione appare sufficiente a realizzare l'obiettivo perseguito. Tanto più che l'Autorità sanitaria di controllo, come già ricordato, può in ogni momento imporre ai produttori di mangimi di rivelare la formula di produzione seguita. Partendo da queste constatazioni, le Autorità giudiziarie citate passano ad esaminare le contestazioni specifiche sollevate dalle imprese ricorrenti.

La prima riguarda la violazione del diritto di proprietà e, più precisamente, del diritto di privativa industriale. I produttori di mangimi fanno ricerca ed effettuano investimenti importanti nel loro settore di produzione. Orbene, poiché il diritto di privativa industriale è tutelato dalla Convenzione sui diritti dell'uomo, dalla Carta dei diritti fondamentali e dall'Accordo TRIPS, allegato all'Accordo OMC, occorre verificare se la direttiva "formula aperta" sia suscettibile di violare i diritti che da tali atti derivano. In secondo luogo, secondo le Autorità giudiziarie sopra citate, la direttiva contestata potrebbe violare il principio di proporzionalità. Come è noto, questo principio impone al legislatore di rispettare i limiti di ragionevolezza. Deve sempre esistere una proporzione tra la severità della pena comminata e la gravità della violazione commessa; tra l'intensità del sacrificio imposto e la rilevanza dell'obiettivo perseguito.

Occorre quindi verificare, nella fattispecie in esame, se vi sia proporzione tra l'obbligo imposto ad un produttore di mangimi di rivelare ai concorrenti la propria formula industriale e l'obiettivo della tutela della salute degli animali ai quali i mangimi sono destinati specie se tale tutela può essere ottenuta imponendo il solo obbligo di elencare le materie prime impiegate, senza rivelare la formula industriale.

Come si vede, le Autorità giudiziarie degli Stati membri sopra citati hanno preso posizioni precise con riferimento alla direttiva n. 2002/2. Per quanto riguarda la Germania, vi sono stati invece sviluppi imprevisti. Agli inizi, il Tribunale amministrativo di Düsseldorf, davanti al quale era stato introdotto un apposito ricorso, aveva seguito l'orientamento delle altre Autorità giudiziarie europee sospendendo l'applicazione della direttiva n. 2002/2 nel *Land Nordrhein-Westfalen*. Successivamente, la Corte amministrativa d'appello, sempre di Düsseldorf, ha annullato la decisione di primo grado. Contro la pronuncia della Corte amministrativa d'appello è stato proposto ricorso davanti alla Corte costituzionale tedesca (in un procedimento speciale ammesso dall'ordinamento tedesco). La Corte costituzionale tedesca, a sua volta, ha annullato la decisione della Corte amministrativa d'appello ritornandole gli atti della causa e imponendole di riconsiderare il caso tenendo anche conto delle decisioni delle Autorità giudiziarie europee sopra riferite. Alla pronuncia della Corte costituzionale tedesca è dedicato il commento di seguito riportato.

IL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT SI PRONUNCIA SUI CRITERI RELATIVI ALLA CONCESSIONE DI UN PROVVEDIMENTO CAUTELARE CHE RENDE PROVVISORIAMENTE INAPPLICABILE IL DIRITTO COMUNITARIO NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

La direttiva n. 2002/2¹ impone ai produttori di mangimi composti, destinati ad animali da produzione, di precisare la quantità di ogni materia prima utilizzata con indicazione delle rispettive percentuali, nonché di comunicare le stesse percentuali al cliente in caso di richiesta (cosiddetta "formula aperta"). La Germania ha recepito tale direttiva nel dicembre 2003, modificando alcune disposizioni della *Futtermittelverordnung* (decreto sui mangimi).

¹ Direttiva n. 2002/2/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che modifica la direttiva n. 79/373/Cee del Consiglio relativa alla circolazione dei mangimi composti per animali e che abroga la direttiva n. 91/357/Cee della Commissione, in *Guce* n. L 63 del 6 marzo 2002, p. 23.

Come in tanti altri Stati membri, anche in Germania i produttori di mangimi si sono opposti a tale nuovo obbligo². Infatti, un'impresa internazionale, molto nota nel settore dei mangimi, nel marzo del 2004 ha chiesto al *Verwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo) di Düsseldorf l'emissione di un provvedimento provvisorio diretto ad imporre al *Land Nordrhein-Westfalen*, nella sua veste di autorità di controllo, di tollerare provvisoriamente la commercializzazione dei mangimi dell'impresa ricorrente prodotti senza le indicazioni richieste dalle nuove disposizioni di cui sopra. Il *Verwaltungsgericht* di Düsseldorf accogliendo l'istanza esprimeva "gravi riserve" circa la validità delle disposizioni comunitarie contenute nella direttiva n. 2002/2. La legittimità giuridica della cosiddetta "formula aperta" sarebbe discutibile, secondo il Tribunale adito, comportando essa inevitabilmente una comunicazione ai concorrenti dei segreti industriali delle aziende produttrici, pregiudicando così il diritto alla proprietà delle medesime.

Nella sua decisione, il *Verwaltungsgericht* aveva invocato la giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale il giudice nazionale può concedere provvedimenti provvisori nel caso in cui esso nutra "gravi riserve" sulla validità di un atto comunitario e i provvedimenti provvisori siano necessari per evitare che la parte richiedente subisca un danno grave e irreparabile³.

Il *Land Nordrhein-Westfalen* ha proposto opposizione davanti al competente *Oberverwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo di appello) il quale ha annullato la decisione di primo grado⁴. Ciò perché l'*Oberverwaltungsgericht* non ha condiviso le "gravi riserve" sulla validità delle disposizioni contestate, fatte proprie dal *Verwaltungsgericht*.

Orbene, non condividendo l'esistenza di "gravi riserve" sulla validità delle disposizioni di cui trattasi, l'*Oberverwaltungsgericht* ha ritenuto prevalente l'interesse della Comunità sostenendo che le disposizioni comunitarie verrebbero ad essere private di ogni effetto utile nel caso in cui non dovessero trovare un'applicazione immediata e uniforme in tutti gli Stati membri.

All'obiezione secondo cui in diversi Stati membri le disposizioni contestate erano già state sospese, l'*Oberverwaltungsgericht* ha risposto che le decisioni delle autorità giudiziarie degli altri Stati membri avrebbero validità soltanto nel loro territorio.

Il *Bundesverfassungsgericht* (Corte federale costituzionale), che la ricorrente ha adito invocando il suo diritto fondamentale alla tutela giuridica effettiva di cui all'art. 19, par. 4, 1^a frase del *Grundgesetz* (Legge Costituzionale della Repubblica federale tedesca)⁵ nonché quello relativo al giudice precosti-

² Cfr. la descrizione delle vicende giudiziarie sopra riportata.

³ Cfr. sentenza 9 novembre 1995 in causa n. C-465/93, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3761; sentenza 21 febbraio 1991 in causa n. C-143/88, in *Raccolta*, 1991, I, p. 415.

⁴ Cfr. decreto del 21 luglio 2004, 20 B 1057/04; 15 L 843/04 Düsseldorf.

⁵ L'art. 19, par. 4, 1^o frase *Grundgesetz* così recita: «Se qualcuno viene leso nei suoi diritti dal

tuito per legge di cui all'art. 101, par. 1, 2^a frase 2 del *Grundgesetz*⁶, ha invece annullato la decisione dell'*Oberverwaltungsgericht*, affermando che i giudici tedeschi avrebbero almeno dovuto considerare e valutare i motivi e le argomentazioni che hanno suscitato le "gravi riserve", circa la validità delle disposizioni contestate, nei giudici degli altri Stati membri.

Anche se il *Bundesverfassungsgericht* non ha accertato una violazione del diritto fondamentale al giudice precostituito per legge, non essendo l'*Oberverwaltungsgericht* obbligato, nel presente caso, ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la Corte costituzionale tedesca ha comunque affermato che la decisione dell'*Oberverwaltungsgericht* ha violato il diritto fondamentale alla tutela giuridica effettiva di cui all'art. 19, par. 4, 1^a frase del *Grundgesetz*.

Secondo la costante giurisprudenza tedesca, tale norma non garantisce soltanto il diritto formale di adire le autorità giudiziarie, ma anche l'effettività della tutela giuridica.

A tale proposito, il *Bundesverfassungsgericht* ha rilevato che per tutela giuridica efficace si deve intendere una tutela giuridica entro un periodo appropriato. Ne consegue che la tutela giuridica, soprattutto nelle procedure cautelari – come nel presente caso – deve essere atta ad evitare che la parte che la richiede subisca un danno grave e irreparabile, quando può verificarsi che al termine di un'azione di accertamento, la norma contestata, pur risultando illegittima, sia divenuta ormai irrevocabile.

Tali aspetti devono essere presi in considerazione dalle autorità giudiziarie nell'interpretazione e nell'applicazione delle rispettive disposizioni concernenti le procedure cautelari. Di conseguenza le autorità giudiziarie sono in genere tenute a concedere una tutela giuridica provvisoria, qualora il ricorrente sia costretto a subire una limitazione essenziale dei suoi diritti alla quale non potrebbe essere più posto rimedio con la decisione di merito. Solo quando sussistano, in un caso specifico, motivi eccezionali e quindi prevalenti, una diversa decisione potrebbe essere giustificata.

A tale proposito, anche il *Bundesverfassungsgericht* ha ricordato la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale il giudice nazionale è competente a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento nazionale fondato su una norma comunitaria che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità⁷.

potere pubblico, può adire l'autorità giudiziaria».

⁶ L'art. 101, par. 1, 2^o frase *Grundgesetz* così recita: «Nessuno può essere sottratto al giudice precostituito per legge».

⁷ Cfr. sentenza 9 novembre 1995 in causa n. C-465/93, *cit. supra*, nota 3.

Come è noto, perché il giudice nazionale possa concedere tali provvedimenti provvisori, occorre, principalmente, che esso nutra "gravi riserve" sulla validità dell'atto comunitario.

Ed infatti, il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che la decisione dell'*Oberverwaltungsgericht* che, come abbiamo visto, ha negato l'esistenza di "gravi riserve" circa la compatibilità delle disposizioni contestate con il diritto comunitario, avrebbe violato i principi di tutela giuridica efficace garantiti dalla costituzione tedesca, proprio perché i giudici tedeschi non hanno preso in considerazione le argomentazioni svolte dall'*High Court of Justice* inglese, dal *Conseil d'État* francese, dal Consiglio di Stato italiano nonché dalla *Rechtbank's Gravenhage* olandese che hanno provvisoriamente sospeso le rispettive norme nazionali di attuazione all'interno del loro territorio.

Orbene, anche se le decisioni adottate da altri giudici europei non vincolano giuridicamente le autorità giudiziarie tedesche, il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che le argomentazioni in fatto e in diritto, svolte durante il procedimento tedesco dall'impresa ricorrente (e ritenute, peraltro, rilevanti dallo stesso *Oberverwaltungsgericht*), essendo riferite alle decisioni delle autorità giudiziarie di cui sopra, dovevano essere valutate anche dall'*Oberverwaltungsgericht*.

Di conseguenza non si possono escludere "gravi riserve" circa la validità di una direttiva senza considerare anche le "gravi riserve", nonché le argomentazioni che ne stanno alla base, espresse da altre autorità giudiziarie.

La decisione del *Bundesverfassungsgericht* qui annotata è sicuramente importante. Infatti, il *Bundesverfassungsgericht* si è dimostrato non soltanto "supremo custode della Costituzione tedesca" ma anche "custode del diritto comunitario". Anche se i giudici tedeschi nel presente caso non erano giuridicamente vincolati dalle decisioni delle autorità giudiziarie degli altri Stati membri, la decisione del *Bundesverfassungsgericht* rende evidente che quando è in discussione la validità di norme comunitarie, le decisioni e le argomentazioni dei giudici europei acquisiscono sicura importanza.

La decisione qui annotata costituisce, pertanto, un'ulteriore prova dell'esistenza di un processo di integrazione europea anche nell'ordinamento processuale degli Stati membri.

Barbara Klaus***

*** Avvocato in Bamberg (Germania) e in Milano.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

TUTELA AMBIENTALE: REGOLAMENTAZIONE DELLE EMISSIONI DI GAS A EFFETTO SERRA

Direttiva n. 2003/87/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 2003 che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva n. 96/61/Ce del Consiglio*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 175, par. 1,
vista la proposta della Commissione,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo¹,
visto il parere del Comitato delle regioni²,
deliberando secondo³ la procedura di cui all'art. 251 del Trattato⁴,

(Omissis)

hanno adottato la presente direttiva:

Articolo 1 - Oggetto

La presente direttiva istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra nella Comunità (in prosieguo denominato «il sistema comunitario»), al fine di promuovere la riduzione di dette emissioni secondo criteri di validità in termini di costi e di efficienza economica.

* *Gu-Ue* n. L 275 del 25 ottobre 2003, p. 32. In argomento v. *infra*, p. 575 ss., il commento di VALENTINA DI MILLA.

¹ *Guce* n. C 75 E del 26 marzo 2002, p. 33.

² *Guce* n. C 221 del 17 settembre 2002, p. 27.

³ *Guce* n. C 192 del 12 agosto 2002, p. 59.

⁴ Parere del Parlamento europeo del 10 ottobre 2002 (non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*), posizione comune del Consiglio del 18 marzo 2003 (*Guce* n. C 125 E del 27 maggio 2003, p. 72) e posizione del Parlamento europeo del 2 luglio 2003 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 22 luglio 2003.

Articolo 2 - Campo di applicazione

1. La presente direttiva si applica alle emissioni provenienti dalle attività indicate nell'allegato I e ai gas a effetto serra elencati nell'allegato II.
2. La presente direttiva si applica salvo il disposto della direttiva n. 96/61/Ce.

Articolo 3 - Definizioni

Ai fini della presente direttiva valgono le seguenti definizioni:

- a. «quota di emissioni», il diritto di emettere una tonnellata di biossido di carbonio equivalente per un periodo determinato, valido unicamente per rispettare le disposizioni della presente direttiva e cedibile conformemente alla medesima;
- b. «emissioni», il rilascio nell'atmosfera di gas a effetto serra a partire da fonti situate in un impianto;
- c. «gas a effetto serra», i gas di cui all'allegato II;
- d. «autorizzazione ad emettere gas a effetto serra», l'autorizzazione rilasciata a norma degli artt. 5 e 6;
- e. «impianto», un'unità tecnica permanente in cui sono svolte una o più attività elencate nell'allegato I e altre attività direttamente associate che hanno un collegamento tecnico con le attività svolte in tale sito e che potrebbero incidere sulle emissioni e sull'inquinamento;
- f. «gestore», la persona che gestisce o controlla un impianto o, se previsto dalla normativa nazionale, alla quale è stato delegato un potere economico determinante per quanto riguarda l'esercizio tecnico del medesimo;
- g. «persona», qualsiasi persona fisica o giuridica;
- h. «nuovo entrante», l'impianto che esercita una o più attività indicate nell'allegato I, che ha ottenuto un'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra o un aggiornamento della sua autorizzazione ad emettere gas a effetto serra a motivo di modifiche alla natura o al funzionamento dell'impianto, o suoi ampliamenti, a seguito della notifica alla Commissione del piano nazionale di assegnazione;
- i. «pubblico», una o più persone nonché, secondo la normativa o la prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o gruppi di persone;
- j. «tonnellata di biossido di carbonio equivalente», una tonnellata metrica di biossido di carbonio (CO₂) o una quantità di qualsiasi altro gas a effetto serra elencato nell'allegato II che abbia un equivalente potenziale di riscaldamento planetario.

Articolo 4 - Autorizzazione ad emettere gas a effetto serra

Gli Stati membri provvedono affinché, a decorrere dal 1° gennaio 2005, nessun impianto possa esercitare le attività elencate all'allegato I che comportano emissioni specificate in relazione a tale attività, a meno che il relativo gestore non sia munito di un'autorizzazione rilasciata da un'autorità competente conformemente agli artt. 5 e 6, o che l'impianto non sia temporaneamente escluso dal sistema comunitario, ai sensi dell'art. 27.

Articolo 5 - Domanda di autorizzazione ad emettere gas a effetto serra

La domanda rivolta all'autorità competente, diretta ad ottenere l'autorizzazione

ad emettere gas a effetto serra, contiene la descrizione di quanto segue:

- a. l'impianto e le sue attività compresa la tecnologia utilizzata;
- b. le materie prime e secondarie il cui impiego è suscettibile di produrre emissioni elencate nell'allegato I;
- c. le fonti di emissioni di gas dell'impianto elencate nell'allegato I, e
- d. le misure previste per controllare e comunicare le emissioni secondo le linee guida adottate a norma dell'art. 14.

La domanda di autorizzazione contiene anche una sintesi non tecnica dei dati di cui al primo comma.

*Articolo 6 - Condizioni e contenuto
dell'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra*

1. L'autorità competente rilascia un'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra da un impianto o da parte di esso, ove abbia accertato che il gestore è in grado di controllare e comunicare le emissioni.

Un'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra può valere per uno o più impianti localizzati sullo stesso sito gestiti dallo stesso gestore.

2. L'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra contiene i seguenti elementi:

- a. nome e indirizzo del gestore;
- b. descrizione delle attività e delle emissioni dell'impianto;
- c. disposizioni in tema di monitoraggio, con specificazione della metodologia e della frequenza dello stesso;
- d. disposizioni in tema di comunicazioni, e
- e. obbligo di restituire quote di emissioni pari alle emissioni complessivamente rilasciate dall'impianto durante ciascun anno civile, come verificate a norma dell'art. 15, entro quattro mesi dalla fine di tale anno.

Articolo 7 - Modifica degli impianti

Il gestore informa l'autorità competente in merito a eventuali modifiche che intenda apportare alla natura o al funzionamento dell'impianto, ovvero a suoi ampliamenti, che possano richiedere l'aggiornamento dell'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra. L'autorità competente, ove lo ritenga necessario, procede a detto aggiornamento. Qualora muti l'identità del gestore dell'impianto, l'autorità competente aggiorna l'autorizzazione per inserirvi il nome e l'indirizzo del nuovo gestore.

Articolo 8 - Coordinamento con la direttiva n. 96/61/Ce

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari affinché, nel caso di impianti che esercitano attività di cui all'allegato I della direttiva n. 96/61/Ce, le condizioni e la procedura per il rilascio di un'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra siano coordinate con quelle previste da tale direttiva. Le disposizioni degli artt. 5, 6 e 7 della presente direttiva possono essere integrate nelle procedure previste dalla direttiva n. 96/61/Ce.

Articolo 9 - Piano nazionale di assegnazione

1. Per ciascun periodo di cui all'art. 11, par. 1 e 2, ciascuno Stato membro elabora un piano nazionale che determina le quote totali di emissioni che intende assegnare per tale periodo e le modalità di tale assegnazione. Il piano si fonda su criteri obiettivi e trasparenti, compresi i criteri elencati nell'allegato III, e tiene nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico. Fatto salvo il trattato, la Commissione elabora entro il 31 dicembre 2003 gli orientamenti per l'attuazione dei criteri elencati nell'allegato III.

Per il periodo di cui all'art. 11, par. 1, il piano è pubblicato e notificato alla Commissione e agli altri Stati membri entro il 31 marzo 2004. Per i periodi successivi, il piano è pubblicato e notificato alla Commissione e agli altri Stati membri almeno diciotto mesi prima dell'inizio del periodo in questione.

2. I piani nazionali di assegnazione sono esaminati in seno al comitato di cui all'art. 23, par. 1.

3. Nei tre mesi successivi alla notificazione da parte di uno Stato membro di un piano nazionale di cui al par. 1, la Commissione può respingerlo, in tutto o in parte, qualora lo ritenga incompatibile con l'art. 10 o con i criteri elencati nell'allegato III. Lo Stato membro prende una decisione a norma dell'art. 11, par. 1 o par. 2, solo previa accettazione da parte della Commissione delle modifiche che esso propone. La Commissione giustifica ogni decisione di rigetto.

Articolo 10 - Metodo di assegnazione

Per il triennio che ha inizio il 1^o gennaio 2005 gli Stati membri assegnano almeno il 95% delle quote di emissioni a titolo gratuito. Per il quinquennio che inizia il 1^o gennaio 2008, gli Stati membri assegnano almeno il 90% delle quote di emissioni a titolo gratuito.

Articolo 11 - Assegnazione e rilascio delle quote di emissioni

1. Per il triennio che ha inizio il 1^o gennaio 2005 ciascuno Stato membro decide in merito alle quote totali di emissioni che assegnerà in tale periodo nonché in merito all'assegnazione di aliquote al gestore di ciascun impianto. Tale decisione è presa almeno tre mesi prima dell'inizio del suddetto triennio, sulla base del piano nazionale di assegnazione di cui all'art. 9 e nel rispetto dell'art. 10, tenendo nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico.

2. Per il quinquennio che ha inizio il 1^o gennaio 2008 e per ciascun periodo successivo di cinque anni, ciascuno Stato membro decide in merito alle quote totali di emissioni che assegnerà in tale periodo, nonché inizia il processo di assegnazione di tali quote al gestore di ciascun impianto. Tale decisione è presa almeno dodici mesi prima dell'inizio del periodo in oggetto, sulla base del piano nazionale di assegnazione di cui all'art. 9 e nel rispetto dell'art. 10, tenendo nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico.

3. Le decisioni adottate a norma dei par. 1 e 2 sono conformi alle disposizioni del trattato, in particolare agli artt. 87 e 88. Nel decidere in merito all'assegnazione

delle quote di emissioni, gli Stati membri tengono conto della necessità di permettere ai nuovi entranti di accedere a tali quote.

4. Per ogni anno del periodo di cui al par. 1 o al par. 2 l'autorità competente rilascia una parte delle quote totali di emissioni entro il 28 febbraio di tale anno.

Articolo 12 - Trasferimento, restituzione e cancellazione di quote di emissioni

1. Gli Stati membri provvedono affinché le quote di emissioni possano essere trasferite:

a. tra persone all'interno della Comunità;

b. tra persone all'interno della Comunità e persone nei paesi terzi, quando tali quote di emissioni sono riconosciute conformemente alla procedura dell'art. 25, nell'osservanza delle sole restrizioni previste dalla presente direttiva o adottate in forza della medesima.

2. Gli Stati membri provvedono affinché le quote di emissioni rilasciate dall'autorità competente di un altro Stato membro vengano riconosciute ai fini dell'adempimento degli obblighi che incombono ad un gestore a norma del par. 3.

3. Gli Stati membri provvedono affinché, entro il 30 aprile di ogni anno, il gestore di ciascun impianto restituisca un numero di quote di emissioni pari alle emissioni totali di tale impianto nel corso dell'anno civile precedente, come verificato a norma dell'art. 15, e che tali quote vengano successivamente cancellate.

4. Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che le quote di emissioni vengano cancellate in qualsiasi momento a richiesta della persona che le detiene.

Articolo 13 - Validità delle quote

1. Le quote sono valide per le emissioni prodotte durante il periodo di cui all'art. 11, par. 1 o par. 2 per il quale sono rilasciate.

2. Quattro mesi dopo l'inizio del primo quinquennio di cui all'art. 11, par. 2, l'autorità competente cancella le quote che non sono più valide e che non sono state restituite e cancellate ai sensi dell'art. 12, par. 3.

Gli Stati membri possono rilasciare quote di emissioni per il periodo in corso a persone le cui quote di emissioni siano state cancellate a norma del primo comma.

3. Quattro mesi dopo l'inizio di ciascun quinquennio successivo di cui all'art. 11, par. 2, l'autorità competente cancella le quote che non sono più valide e che non sono state restituite e cancellate ai sensi dell'art. 12, par. 3.

Gli Stati membri rilasciano quote di emissioni per il periodo in corso a persone le cui quote di emissioni siano state cancellate a norma del primo comma.

Articolo 14 - Linee guida per il monitoraggio e la comunicazione delle emissioni

1. Entro il 30 settembre 2003, la Commissione adotta, secondo la procedura di cui all'art. 23, par. 2, linee guida per il monitoraggio e la comunicazione delle emissioni provenienti dalle attività elencate all'allegato I di gas ad effetto serra specificati in relazione a tale attività. Le linee guida si basano sui principi di monitoraggio e co-

municazione di cui all'allegato IV.

2. Gli Stati membri provvedono affinché le emissioni vengano controllate in conformità delle linee guida.

3. Gli Stati membri provvedono affinché ogni gestore di un impianto comunichi all'autorità competente le emissioni rilasciate da tale impianto in ciascun anno civile dopo la fine di tale anno, in conformità delle linee guida.

Articolo 15 - Verifica

Gli Stati membri provvedono affinché le comunicazioni effettuate dai gestori degli impianti a norma dell'art. 14, par. 3, siano verificate secondo i criteri definiti all'allegato V, e provvedono affinché l'autorità competente ne sia informata.

Gli Stati membri provvedono affinché il gestore dell'impianto la cui comunicazione non sia stata riconosciuta conforme ai criteri di cui all'allegato V entro il 31 marzo di ogni anno per le emissioni rilasciate durante l'anno precedente non possa trasferire ulteriormente altre quote di emissioni fino al momento in cui la sua comunicazione non sia riconosciuta come conforme.

Articolo 16 - Sanzioni

1. Gli Stati membri determinano le norme relative alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate ai sensi della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per l'applicazione di tali norme.

Le sanzioni devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive.

Gli Stati membri notificano le relative disposizioni alla Commissione entro il 31 dicembre 2003 e provvedono poi a notificare immediatamente le eventuali modificazioni.

2. Gli Stati membri assicurano la pubblicazione dei nomi dei gestori che hanno violato i requisiti per la restituzione di quote di emissioni sufficienti a norma dell'art. 12, par. 3.

3. Gli Stati membri provvedono affinché il gestore che, entro il 30 aprile di ogni anno, non restituisce un numero di quote di emissioni sufficiente a coprire le emissioni rilasciate durante l'anno precedente sia obbligato a pagare un'ammenda per le emissioni in eccesso. Per ciascuna tonnellata di biossido di carbonio equivalente emessa da un impianto il cui gestore non ha restituito le quote di emissione, l'ammenda per le emissioni in eccesso corrisponde a 100 EUR. Il pagamento dell'ammenda per le emissioni in eccesso non dispensa il gestore dall'obbligo di restituire un numero di quote di emissioni corrispondente a tali emissioni in eccesso all'atto della restituzione delle quote relative alle emissioni dell'anno civile seguente.

4. Durante il triennio che ha inizio il 1^o gennaio 2005, per ogni tonnellata di biossido di carbonio equivalente emessa da un impianto per il quale il gestore non ha restituito le quote di emissione, gli Stati membri applicano un'ammenda di livello inferiore per le emissioni in eccesso, pari a 40 EUR. Il pagamento dell'ammenda per le emissioni in eccesso non dispensa il gestore dall'obbligo di restituire un numero di quote di emissioni corrispondente a tali emissioni in eccesso all'atto della restituzione delle quote relative alle emissioni dell'anno civile seguente.

(Omissis)

Articolo 25 - Collegamenti con altri sistemi per lo scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra

1. Dovrebbero essere conclusi accordi con i paesi terzi di cui all'allegato B del protocollo di Kyoto che hanno ratificato il protocollo, ai fini del riconoscimento reciproco delle quote di emissioni fra il sistema comunitario e altri sistemi per lo scambio di quote di emissioni, secondo le disposizioni dell'art. 300 del trattato.

2. Quando è stato concluso un accordo di cui al par. 1, la Commissione, secondo la procedura di cui all'art. 23, par. 2, adotta le disposizioni necessarie in relazione al riconoscimento reciproco delle quote di emissioni contemplate da tale accordo.

Articolo 26 - Modifica della direttiva n. 96/61/Ce

All'art. 9, par. 3, della direttiva n. 96/61/Ce sono aggiunti i seguenti commi:

«Quando le emissioni di un gas a effetto serra provenienti da un impianto sono indicate nell'allegato I della direttiva n. 2003/87/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio delle quote di emissioni di gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva n. 96/61/Ce del Consiglio* in relazione a un'attività esercitata in tale impianto, l'autorizzazione contiene valori limite per le emissioni dirette di questo gas solo quando ciò risulti indispensabile per evitare un rilevante inquinamento locale.

Per le attività elencate nell'allegato I della direttiva n. 2003/87/Ce gli Stati membri possono decidere di non imporre alcun requisito di efficienza energetica con riguardo alle unità di combustione o altre unità che emettono biossido di carbonio sul sito.

Se necessario, le autorità competenti modificano l'autorizzazione nel modo opportuno.

I tre commi precedenti non si applicano agli impianti che sono temporaneamente esclusi dal sistema per lo scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra nella Comunità ai sensi dell'art. 27 della direttiva n. 2003/87/Ce.

(Omissis)

Articolo 32 - Entrata in vigore

La presente direttiva entra in vigore il giorno della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

(Omissis)

* *Gu-Ue* n. L 275 del 25 ottobre 2003, p. 32.

LA DISCIPLINA COMUNITARIA PER LO SCAMBIO DI QUOTE DI EMISSIONI DEI GAS A EFFETTO SERRA

Sommario: *Introduzione - 1. Analisi della normativa - a. Funzionamento del sistema di ET - b. Assegnazione delle quote - c. Trasferimento e riconoscimento delle quote di emissioni - d. Sistema sanzionatorio - e. Recepimento - f. Modifiche alla direttiva IPPC - g. La proposta di direttiva sul rafforzamento dei meccanismi di Kyoto - 2. Conclusioni.*

Introduzione

L'art. 1 della direttiva n. 2003/87/Ce¹ recita testualmente: «La presente direttiva istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni di gas ad effetto serra nella Comunità, al fine di promuovere la riduzione di dette emissioni secondo criteri di validità in termini di costi e di efficienza economica»².

Nell'ambito di questo primo articolo va ricercata tutta l'essenza giuridica di questa direttiva che, come facilmente prevedibile, una volta applicata determinerà un mutamento del tessuto economico, produttivo e ambientale nell'intera Comunità.

¹ Cfr. direttiva n. 2003/87/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 2003 che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva n. 96/61/Ce, art. 11, par. 4, in *Gu-Ue* n. L 275 del 25 ottobre 2003, p. 32.

² Lo scambio di diritti di emissioni all'interno della Comunità consiste in un provvedimento interno all'Unione, considerato come parte dell'Allegato B del protocollo di Kyoto; l'applicazione di tale sistema da parte dell'UE non dà luogo ad uno scambio internazionale di permessi negoziabili di inquinamento come previsto dall'art. 17 del Protocollo stesso. Sarà, infatti, necessario aspettare l'entrata in vigore del Protocollo per assistere ad uno scambio di diritti di portata internazionale. Per un esame approfondito della direttiva *ET* v. M. PAQUES, *La directive 2003/87/Ce et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2004, p. 249.

Ci si potrebbe domandare il perché della scelta di un simile strumento di tutela ambientale.

In realtà, le misure sinora utilizzate dall'Unione europea non hanno portato alla riduzione delle emissioni in linea con gli impegni di Kyoto; anzi, come previsto dall'*European Environmental Agency*, il *trend* delle emissioni antropogeniche del blocco comunitario è in continuo aumento, con la conseguenza che, nell'ipotesi più ottimistica, ciò porterà probabilmente ad una sensibilissima stabilizzazione delle emissioni.

L'impegno della riduzione delle emissioni, che per l'Unione ha un valore pari all'8% rispetto alle stime registrate nel 1990, deve essere mantenuto attraverso l'impiego di misure aggiuntive: tra queste l'*Emissions Trading* potrebbe risultare la strategia efficiente (in termini di costi) per il conseguimento della diminuzione delle emissioni antropiche³.

Inoltre, il sistema di commercio di quote di emissioni non determina distorsioni nella concorrenza e, pertanto, assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

Ma sicuramente questi non sono gli unici motivi che hanno spinto i legislatori comunitari a votare in favore di tale direttiva: infatti, secondo l'opinione di Peeters «in theory, some important advantages are assigned to this approach, in particular the expectation that this instrument will contribute to an effective and efficient environmental policy»⁴.

1. Analisi della normativa

a. Funzionamento del sistema di ET

Sulla base di ciò che viene stabilito nella direttiva in esame, contrariamente a ciò che invece era stato stabilito in sede propositiva, i gas serra ai quali si ritiene applicabile il regime dell'*ET* sono gli stessi indicati nel Protocollo di Kyoto⁵.

³ Cfr. B. GEBERS, *Proposta per una direttiva che istituisca una disciplina sullo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra nella Comunità europea*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, p. 633-638.

⁴ Cfr. M. PEETERS, *Emissions Trading as a new dimension to European environmental law: the political agreement of the European Council on greenhouse gas allowance trading*, in *European Environmental Law Review*, 2003, p. 83.

⁵ Secondo la proposta di direttiva il sistema dell'*Emissions Trading*, nei primi tempi di attuazione del sistema, avrebbe dovuto essere applicato soltanto al biossido di carbonio (CO₂). La giustificazione di tale scelta risiedeva nella mancata definizione di taluni aspetti di gestione del sistema stesso: «il controllo, le notificazioni e le verifiche, gli eventuali effetti a livello locale» e le «altre politiche e misure comunitarie nel campo delle emissioni dei gas a effetto serra». Cfr. Relazione allegata alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una disciplina per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva n. 96/61/Ce, punto 10, COM (2001) 581 def. Invece, la direttiva approvata nel 2003 all'art. 30 stabilisce l'obbligo di provvedere entro il 31 dicembre 2004 ad aggiornare la lista di attività obbli-

La direttiva dispone (art. 4) che a partire dal 1° gennaio 2005, data di inizio dell'applicazione del sistema di scambio di quote di emissioni dei gas serra nell'Unione, saranno inibite le attività produttive definite nell'Allegato I della direttiva, eccettuate quelle il cui relativo gestore possieda un'autorizzazione⁶ rilasciata dalla competente autorità e quelle il cui impianto sia stato estromesso provvisoriamente dal sistema comunitario.

Dalla lettura dell'art. 4 si desume chiaramente l'intenzione del legislatore comunitario di obbligare tutti gli impianti ubicati nel territorio dell'Unione al rispetto della disciplina dell'*ET*: tale obbligatorietà non ha un peso irrilevante giacché si stima che l'*ET* coinvolgerà dai 4000 ai 5000 partecipanti i quali rappresentano il 45% delle emissioni industriali di biossido di carbonio.

Dunque, si comprende agevolmente che l'impatto che tale direttiva avrà nel settore dell'industria sarà di grandi proporzioni.

È importante notare che la realizzazione del sistema di *Emissions trading* avverrà in una fase precedente (2005-2007) rispetto al *commitments period* previsto dal Protocollo di Kyoto (2008-2013)⁷: infatti, la Commissione europea ritiene che sia necessario dotare i Paesi membri di un minimo di esperienza nel settore del commercio dei diritti di emissione. Durante la fase preliminare tutta la Comunità trarrà beneficio nel maturare la dovuta esperienza nell'acquisto e nella vendita delle quote di emissioni dei gas serra in modo da risultare preparata nel momento in cui inizierà il predetto *commitments period*⁸.

Secondo l'art. 6 della direttiva, l'autorità competente, previo accertamento della capacità di *monitoring* e *notifying* del gestore, rilascia un permesso per l'emissione di gas serra dal proprio impianto (o da parte di esso)⁹; per il triennio 2005-2007 l'assegnazione delle quote di emissione avverrà per il 95% a

gate alla partecipazione al sistema di *ET* poiché quelle attualmente in esso contenute sono ritenute responsabili dell'emissione del solo biossido di carbonio. Concordemente all'Allegato II alla direttiva, è quindi necessario obbligare alla partecipazione allo scambio di quote di emissione di gas di serra anche quelle imprese che immettono nell'atmosfera uno degli ulteriori cinque gas in esso contemplati: metano (CH₄), protossido di azoto (N₂O), idrofluorocarburi (HFC), perfluorocarburi (PFC) ed esafluoruro di zolfo (SF₆).

⁶ Il termine «autorizzazione» non deve essere interpretato come una volontà di restringere la quantità di emissioni ammesse, eventualità prevista nel solo caso di possibile od imminente grave inquinamento locale. L'autorizzazione, così come intesa nel disposto normativo dell'art. 4 deve essere considerata quale strumento di controllo delle attività svolte in un determinato impianto: essa è concessa solo a quel gestore che dimostri di essere in grado di controllare e denunciare il livello di emissioni prodotte, in ottemperanza alle linee guida predisposte dalla Commissione. Cfr. B. GEBERS, *Proposta per una direttiva*, cit. supra, nota 3.

⁷ Cfr. B. POZZO, *La nuova direttiva (2003/87/CE) sullo scambio di quote di emissione: prime osservazioni*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, p. 11 ss.

⁸ Relazione allegata alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una disciplina per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra, punto 1.2, cit. supra, nota 5.

⁹ Secondo l'art. 29 della direttiva in commento, in caso di forza maggiore comprovata da indagini espletate dalla Commissione europea gli Stati membri possono assegnare maggiori quote di emissioni non trasferibili.

titolo gratuito: tale scelta è coerente con l'assenza di obiettivi vincolanti in tema di limitazione delle emissioni da parte degli Stati membri dell'UE.

Inoltre, come si evince dalla relazione allegata alla proposta di direttiva del 2001, tale disposizione è stata inserita al fine di proteggere l'equilibrio del mercato interno, giacché l'attribuzione delle quote tramite asta in un determinato Stato membro, contrariamente al metodo di assegnazione gratuita seguito da un altro Stato, determinerebbe distorsioni della concorrenza in contrasto con le disposizioni dell'art. 43 del Trattato sull'Unione europea.

Altresì, qualora si verificasse l'ipotesi appena descritta, si determinerebbe la violazione dell'art. 87 dello stesso Trattato che stabilisce norme in materia di aiuti di Stato.

b. *Assegnazione delle quote*

La deliberazione in merito all'assegnazione delle quote di emissioni in capo ad ogni singolo impianto è di competenza del singolo Stato membro, al quale viene richiesto di adottare una decisione in tal senso almeno un trimestre prima del triennio di "sperimentazione", tenendo conto del piano nazionale di assegnazione (art. 11, par. 1)¹⁰.

Per quanto attiene al quinquennio 2008-2012, l'art. 10 stabilisce che gli Stati membri sono chiamati ad assegnare «almeno il 90% delle quote di emissioni a titolo gratuito»¹¹; nulla, invece viene stabilito per il restante 10% delle quote di emissione.

Secondo l'opinione del già citato Peeters, la Commissione europea ha optato principalmente per il metodo di assegnazione gratuita pur non escludendo il ricorso all'asta nei periodi successivi al 2007¹²: tale previsione è avvalorata dalla posizione assunta dal Parlamento europeo in sede propositiva, avendo esso presentato un emendamento alla disposizione in tema di assegnazione gratuita delle quote, consistente in un innalzamento della percentuale di diritti assegnabili agli Stati membri tramite pagamento (dal 10% al 15%)¹³.

¹⁰ Secondo la direttiva esaminata gli Stati membri devono provvedere all'elaborazione di «un piano nazionale che determini le quote totali di emissione e le modalità di assegnazione. (...) Il primo piano verrà elaborato a valere tra il 2005 e il 2007, il secondo per il periodo 2008-2013 e per ogni successivo periodo di 5 anni». Cfr. B. GEBERS, *Proposta per una direttiva*, cit. supra, nota 3. Secondo l'art. 9 il Piano nazionale di assegnazione deve fondarsi su criteri di obiettività e trasparenza, considerando ampiamente le osservazioni del pubblico. Queste prescrizioni sono previste anche al fine di evitare aiuti di Stato. I piani nazionali predisposti dai singoli Stati membri sono soggetti a verifica da parte del comitato istituito ai sensi dell'art. 8 della decisione n. 93/389/Cee. Inoltre la Commissione ha la facoltà di respingere totalmente o parzialmente un piano nazionale, allorché lo ritenga inconciliabile con le disposizioni contenute nell'art. 10 ovvero con i criteri contenuti nell'Allegato III.

¹¹ Cfr. direttiva n. 2003/87/Ce, art. 10, cit. supra, nota 1.

¹² «The European Commission has made a principal choice for a free allocation, but does not exclude an auction for later periods from 2007». Cfr. M. PEETERS, *Emissions Trading as a new dimension to European environmental law*, cit. supra, nota 4.

¹³ Ved. COM (2001)591- C5-0578/2001-2001/0245 (COD), Emendamento n. 102.

Il secondo paragrafo dell'art. 11 stabilisce che, con un anticipo di almeno dodici mesi dall'inizio del periodo in considerazione, gli Stati membri definiscano le aliquote di assegnazione ai gestori degli impianti.

Tale deliberazione, così come è stato stabilito per il triennio 2005-2007, deve tenere conto del piano di assegnazione nazionale e dell'opinione pubblica¹⁴.

Quale che sia il periodo di riferimento preso in considerazione (2005-2007 o 2008-2013), «l'autorità competente rilascia una parte delle quote totali di emissioni entro il 28 febbraio»¹⁵ di ciascun anno: conformemente al par. 3 dello stesso articolo gli Stati membri sono tenuti a garantire la legittimità dell'assegnazione delle quote rispetto alle disposizioni contenute negli artt. 87 ed 88 del Trattato, allo scopo di verificare l'assenza di aiuti di Stato nell'assegnazione delle quote¹⁶.

Per permettere l'applicazione efficiente dell'*ET* (cioè nel rispetto della sua peculiarità di salvaguardare la concorrenzialità del mercato), l'art. 11 impone agli Stati membri un obbligo di riserva di talune quote da destinarsi ai nuovi entranti nel mercato dei diritti trasferibili d'emissione.

Quest'ultimo *commitment* lascia aperti alcuni problemi interpretativi circa le modalità di accesso al mercato da parte dei "*new entrant*"; ci si domanda, infatti, se questi vedranno attribuirsi le quote a titolo gratuito, conformemente al disposto dell'art. 10, oppure saranno chiamati ad acquistare i diritti trasferibili direttamente sul mercato¹⁷. Inoltre, resta aperta la controversia circa il si-

¹⁴ «Gli Stati membri devono fare in modo che il pubblico possa esprimersi sul piano in maniera efficace e tempestiva: in altri termini, il pubblico deve essere informato del piano mediante avvisi pubblici o altri mezzi adeguati, ad esempio mezzi di comunicazione elettronica, e in particolare deve avere accesso al testo del piano e disporre di qualsiasi informazione pertinente, comprese le informazioni relative all'autorità competente alla quale far pervenire osservazioni o quesiti. Gli Stati membri devono prevedere termini sufficienti per consentire al pubblico di formulare le proprie osservazioni e fare in modo che tali termini siano compatibili con la procedura decisionale nazionale, in maniera tale che le osservazioni siano tenute nella dovuta considerazione prima di decidere in merito al piano di assegnazione. Per «dovuta considerazione» si intende che le osservazioni vengono eventualmente esaminate in relazione ai criteri elencati nell'allegato III o a qualsiasi altro criterio obiettivo e trasparente applicato dagli Stati membri nei piani nazionali di assegnazione. Gli Stati membri devono comunicare alla Commissione qualsiasi modifica che intendono apportare a seguito della consultazione del pubblico, successivamente alla pubblicazione e alla notifica del piano nazionale e prima dell'adozione della decisione definitiva di cui all'art. 11. Il pubblico deve essere informato in termini generali della decisione adottata e degli elementi principali sui quali è basata». Cfr. Comunicazione della Commissione sugli orientamenti destinati ad assistere gli Stati membri nell'applicazione dei criteri elencati all'allegato III della direttiva n. 2003/87/Ce che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva n. 96/61/Ce del Consiglio, e sulle circostanze in cui è dimostrata la forza maggiore. COM (2003) 830, del 7 gennaio 2004, p. 21.

¹⁵ Cfr. direttiva n. 2003/87/Ce, art. 11, par. 4, *cit. supra*, nota 1. Secondo l'art. 13 della stessa direttiva, inoltre la validità delle quote assegnate è assicurata solo per il periodo per il quale esse sono state rilasciate.

¹⁶ Tale controllo è di competenza della Commissione europea.

¹⁷ Secondo la Comunicazione della Commissione sugli orientamenti destinati ad assistere gli Stati membri nell'applicazione dei criteri elencati all'allegato III della direttiva n. 2003/87/Ce che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva n. 96/61/Ce del Consiglio, e sulle circostanze in cui è dimostrata la forza maggiore, sono praticabili tre tipologie di assegnazione per i nuovi entranti:

gnificato del termine "nuovi entranti", potendo questi intendersi come le imprese già esistenti che riescono ad aumentare la propria quota di mercato. La Comunicazione della Commissione del 7 gennaio 2004, ha dato una prima risposta a tali dubbi stabilendo che in base al disposto dell'art. 3 della direttiva n. 2003/87/Ce per nuovi entranti debbano intendersi sia i nuovi impianti, sia le imprese che riescono ad ampliare la propria capacità.

Tuttavia giacché l'impresa che viene definita "*new entrant*" in un dato periodo di negoziazione non sarà più tale nel momento in cui notificherà il piano nazionale di assegnazione per il periodo successivo, si deve intendere "nuovo entrante" esclusivamente «un impianto al quale non è stata rilasciata né aggiornata un'autorizzazione ad emettere gas serra alla data di notifica del piano nazionale alla Commissione»¹⁸.

c. *Trasferimento e riconoscimento delle quote di emissioni*

La direttiva dispone che il trasferimento delle quote assegnate avvenga senza restrizioni di sorta, sia che si tratti di trasferimenti interni alla Comunità, sia che si tratti di trasferimenti extracomunitari: ciò costituisce la garanzia di un mutuo riconoscimento delle quote assegnate agli Stati membri ed agli Stati estranei alla Comunità (art. 25). Per agevolare il riconoscimento reciproco delle quote è prevista, a norma dello stesso articolo, la stipula di accordi con i Paesi *Annex I*, ratificatori del Protocollo di Kyoto.

Una volta "spese", le quote assegnate dagli Stati ai singoli gestori degli impianti, devono essere restituite entro il 30 aprile di ogni anno in misura uguale al totale delle emissioni antropogeniche immesse nell'atmosfera dall'impianto stesso nell'anno precedente, per determinarne la cancellazione.

È chiaro che l'efficienza del sistema di scambio dei diritti trasferibili di emissioni è saldamente legata ad una rigorosa osservanza delle regole imposte dall'Unione; ciò presuppone l'esistenza di meccanismi di sorveglianza che puntualmente possano fornire dati ed informazioni circa il corretto andamento della politica di contenimento delle riduzioni delineata in sede comunitaria¹⁹.

1. acquisto di tutte le quote sul mercato, realizzando così una *par condicio* fra le parti;
2. vendita all'asta, con la possibilità di praticare una parità di trattamento fra i gestori, così come al punto precedente;
3. costituzione di una riserva al fine di attribuire ai nuovi entranti, quote di emissioni a titolo gratuito. Questa tipologia di assegnazione, secondo la Commissione tuttavia, complica il funzionamento del mercato dell'*Emissions trading* ed amplifica i costi amministrativi legati al sistema di scambio.

¹⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione sugli orientamenti destinati ad assistere gli Stati membri nell'applicazione dei criteri elencati all'allegato III della direttiva n. 2003/87/Ce, *cit. supra*, nota 14, p. 13.

¹⁹ Secondo l'art. 15, le comunicazioni circa le emissioni tossiche prodotte da un impianto nell'arco di un anno, devono essere sottoposte a verifica secondo i criteri fissati nell'allegato V alla direttiva in esame. Secondo tale Allegato, il controllo deve essere esercitato al fine di verificare l'attendibilità, la credibilità e l'esattezza dei dati e delle informazioni forniti circa le emissioni prodotte. Il *monitoring* deve tendere, altresì a verificare la precisione dei sistemi di *audit*.

d. *Sistema sanzionatorio*

Giova precisare che la direttiva prevede che allo scambio di quote di emissioni partecipi un grande numero di persone fisiche e giuridiche (pubbliche e/o private): poiché le quote esistono solo in forma elettronica, ciascuna persona fisica o giuridica potrà detenerle e scambiarle solo se possiede un conto aperto presso il corrispondente registro nazionale²⁰.

Tuttavia il sistema di monitoraggio non è sufficiente a garantire il rispetto delle norme contenute nella direttiva n. 2003/87/Ce.

È necessario introdurre un regime sanzionatorio che possa funzionare da deterrente, per indurre le imprese ad ottemperare ai precetti normativi, per evitare l'ammenda²¹.

L'art. 16 della direttiva assolve proprio a tale necessità, devolvendo ai singoli Stati membri la competenza circa la definizione delle sanzioni da comminare ai gestori inadempienti²². In particolare, qualora il gestore di un impianto non restituisca quote sufficienti a coprire le tonnellate di CO₂ emesse durante l'anno precedente, questi è soggetto al pagamento di una sanzione calcolata in misura di 100 Euro per ciascuna tonnellata di biossido di carbonio eccedente; inoltre egli è tenuto alla restituzione delle quote di emissioni mancanti²³.

In particolare, la verifica deve constare di tre tipologie di analisi:

I. analisi strategica: la verifica deve riguardare la totalità delle attività svolte presso l'impianto ed utilizzando una prospettiva di valutazione generale;

II. analisi dei processi: il controllo delle informazioni fornite dal gestore deve avvenire nella sede dell'impianto. Al fine di verificare l'attendibilità dei dati e delle informazioni fornite, l'analisi deve essere effettuata attraverso campioni (*spot check*);

III. analisi dei rischi: tale *test* è effettuato al fine di verificare l'eventuale esistenza di errori nelle stime delle emissioni prodotte da ciascuna fonte nell'impianto.

Una volta eseguita l'indagine il responsabile dell'*audit* deve redigere una relazione nella quale è chiamato a dichiarare che il processo di convalida è conforme o meno alle linee guida di cui all'art. 14.

²⁰ A norma dell'art. 19 gli Stati membri devono provvedere all'istituzione ed alla conservazione di un registro, nazionale o consolidato che contabilizzi le quantità di gas serra rilasciate in atmosfera da qualsiasi persona (fisica e giuridica) che possieda diritti di emissione, al fine di realizzare controlli incrociati. Tale meccanismo di controllo, più raramente conosciuto come *tracking system*, garantisce l'integrità e l'attendibilità del sistema di scambio delle emissioni. Il *tracking system*, ereditato dall'Unione europea dal sistema di rintracciabilità statunitense *ATS (Allowance Tracking System)*, permette il congelamento di tutte quelle transazioni che presentino delle irregolarità intercettate dal sistema, finché l'irregolarità non sia stata sanata. È chiaro che il meccanismo del *tracking system* non avrebbe ragion d'essere, senza l'esistenza dei registri nazionali.

²¹ Cfr. Libro Verde sullo scambio dei diritti di emissione di gas ad effetto serra all'interno dell'Unione europea dell'8 marzo 2000, par. 9.1, COM (00)87. Inoltre, la Relazione allegata alla Proposta di direttiva sull'*ET*, in riferimento all'ammontare delle sanzioni, riferisce testualmente: «L'essenziale è comunque che tale importo sia sufficientemente elevato affinché l'unica soluzione razionale per il gestore consista nell'acquistare sul mercato un numero di quote sufficiente per coprire le emissioni effettivamente rilasciate dal suo impianto». Cfr. Relazione allegata alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una disciplina per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra, punto 17, *cit. supra*, nota 5.

²² Nel quadro normativo delineato dall'art. 16 «le sanzioni devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri notificano le relative disposizioni alla Commissione entro il 31 dicembre 2003 e provvedono poi a notificare immediatamente le eventuali notificazioni». Cfr. direttiva n. 2003/87/Ce, art. 16, par. 1, *cit. supra*, nota 1.

²³ Per il triennio 2005-2007 l'ammenda comminata per ciascuna tonnellata di biossido di carbonio eccedente è pari a 40 Euro.

e. *Recepimento*

L'art. 31 obbliga gli Stati membri a conformarsi al testo della direttiva n. 2003/87/Ce entro il 31 dicembre 2003, dandone comunicazione alla Commissione, che provvederà ad informare gli altri Stati membri.

Ciò significa che gli Stati membri dovrebbero aver già provveduto al suo recepimento nel proprio ordinamento interno²⁴.

Si tratta di un provvedimento di importanza notevole, atteso che l'approvazione del testo definitivo della direttiva sia avvenuta solo tre mesi prima del termine di recepimento: da qui si comprende, quindi l'importanza dell'atto normativo e del settore che va a regolamentare.

f. *Modifiche alla direttiva IPPC*

La direttiva n. 2003/87/Ce modifica la direttiva n. 96/61/Ce²⁵ (o direttiva IPPC): il termine «modifica», non sembra, tuttavia appropriato in quanto le due direttive sono destinate a coesistere ed ad operare sinergicamente.

In effetti il sistema di scambio di quote proposto dalla direttiva sull'*ET* verrà applicato alla maggioranza delle attività produttrici di gas serra già regolamentate nella direttiva IPPC ed a taluni impianti disciplinati, per la prima volta, dalla direttiva n. 2003/87/Ce. Non è escluso, secondo il parere della Commissione²⁶, che gli Stati membri procedano ad un utilizzo coordinato delle due direttive, pur tenendo conto delle loro peculiari differenze²⁷.

²⁴ L'Italia non ha ancora provveduto al recepimento della direttiva n. 2003/87, poiché quest'ultima è stata pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea* il 25 ottobre 2003 e non è rientrata nella Legge comunitaria per l'anno 2003 approvata il 31 ottobre dello stesso anno e pubblicata sulla *Guri* n. 266 del 15 novembre 2003, *suppl. ord.* Allo scopo di accelerare il recepimento della direttiva, il Governo ha richiesto il suo inserimento in un disegno di legge (Ddl per la «Proroga di termini per l'esercizio di deleghe legislative») parallelo alla Legge comunitaria per il 2004; questo, permetterà alla direttiva in parola di divenire legge in tempi più rapidi rispetto alla Legge comunitaria per l'anno 2004.

²⁵ Direttiva n. 96/61/Ce del Consiglio del 24 settembre 1996 sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, in *Guce* n. L 257 del 10 ottobre 1996.

²⁶ «La presente proposta utilizza le sinergie con la vigente normativa, ed in particolare, con la direttiva IPPC. (...). Gli Stati membri potrebbero combinare le procedure autorizzative previste dalla presente direttiva e dalla direttiva IPPC, pur continuando a rispettare le differenze inerenti alla natura delle autorizzazioni e agli obiettivi rispettivi delle due direttive. (...) La direttiva IPPC continuerà a trovare applicazione fino al momento in cui i gas a effetto serra provenienti da fonti particolari non saranno inseriti nel sistema di scambio delle quote di emissioni mediante inclusione nell'allegato I della presente direttiva». Cfr. Relazione allegata alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una disciplina per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra, punto 9, *cit. supra*, nota 5.

²⁷ La direttiva n. 96/61/Ce dispone che le autorità competenti possano introdurre limiti restrittivi alle emissioni antropogeniche e che la procedura di autorizzazione tenga conto dell'uso efficiente dell'energia, criteri non contenuti all'interno della n. 2003/87/Ce. La modifica della direttiva IPPC si è resa, allora, necessaria per «garantire un'interazione armoniosa fra le sue disposizioni e il sistema di scambio delle emissioni» proposto dalla direttiva sull'*ET*. *Ivi*.

La direttiva sull'*ET* tiene conto del principio di sussidiarietà: in particolare lo scambio di autorizzazioni all'emissione sarà efficiente se queste saranno totalmente negoziabili ed accettate nella Comunità.

Ciò è ottenibile attraverso la realizzazione di una legislazione armonica che eviti il verificarsi di distorsioni nel mercato interno.

Coerentemente con il Trattato UE la direttiva disciplina esclusivamente gli argomenti indispensabili al naturale e corretto funzionamento del meccanismo flessibile dell'*ET*.

g. *La proposta di direttiva sul rafforzamento dei meccanismi di Kyoto*

Giova ricordare che il 23 luglio 2003 la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva²⁸ recante modifiche alla direttiva sull'*Emissions trading*: pur non introducendo importanti emendamenti al testo approvato nell'ottobre 2003, tale proposta tenta di promuovere una tutela ambientale da ricercarsi attraverso l'implementazione dei tre strumenti flessibili definiti nel Protocollo di Kyoto ed approvati nel corso del Vertice di Marrakech: *Joint Implementation, Clean Development Mechanism ed Emissions Trading*.

Secondo il parere della Commissione la proposta, facilitando il trasferimento di tecnologie sia verso i Paesi industrializzati sia verso i PVS, riduce i costi di attuazione degli obblighi di Kyoto in misura maggiore rispetto alla riduzione legata all'applicazione del sistema comunitario di scambio delle quote di emissioni introdotto dalla direttiva n. 2003/87/Ce.

La principale innovazione che la proposta in esame, qualora venisse approvata, apporterebbe al quadro normativo definito dalla direttiva sull'*Emissions trading* consiste nel riconoscere ai crediti dell'implementazione congiunta e del meccanismo di sviluppo pulito la perfetta equipollenza rispetto alle quote negoziabili di inquinamento, al fine di commutarli in diritti di inquinamento spendibili sul mercato dell'*Emissions trading*.

Attraverso questo *escamotage* sarà possibile attingere a maggiori fonti di *permits* realizzando tre obiettivi: l'adempimento degli obblighi assunti con la ratifica del Protocollo di Kyoto, una maggiore liquidità del mercato europeo dei diritti (alla quale si associa una riduzione del loro prezzo) ed un'ulteriore riduzione dei costi.

²⁸ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità, riguardo ai meccanismi basati sui progetti del Protocollo di Kyoto, 23 luglio 2003, COM (2003) 403 def. In data 13 settembre 2004 tale proposta è stata adottata con approvazione del Consiglio dell'Unione. Il relativo testo non è ancora stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Come è facilmente comprensibile la proposta in parola non va a modificare l'intelaiatura della direttiva n. 2003/87/Ce, viceversa ne va a rafforzare la portata normativa.

2. Conclusioni

Al termine di questa analisi della disciplina comunitaria dell'*Emissions trading*, tracciare le conclusioni sul tema non è cosa semplice, giacché tale disciplina, essendo di recentissima emanazione, non ha ancora trovato nell'UE un'applicazione sufficientemente ampia da consentire l'acquisizione dell'esperienza necessaria per l'approntamento di utili perfezionamenti in materia legislativa.

È dunque indispensabile attendere l'operatività del sistema di scambio di quote di emissioni dei gas ad effetto serra nel territorio della Comunità europea per poter tentare di stilare un bilancio dell'efficacia e dell'efficienza del sistema stesso.

Le analisi economiche richieste dalla Commissione europea precedentemente all'approvazione della direttiva n. 2003/87/Ce hanno confermato le previsioni dei legislatori comunitari, per cui l'applicazione dello scambio di quote di inquinamento permetterebbe all'UE di rispettare l'obbligo di riduzione delle emissioni imposto dal Protocollo di Kyoto al prezzo più basso possibile del mercato.

È però indiscutibile che il successo dell'*Emissions trading* è legato al numero di partecipanti allo scambio e al rispetto delle condizioni di negoziazione, a sua volta collegato ad un sistema sanzionatorio rigoroso che scoraggi il formarsi di comportamenti da *free rider* che, oltre a danneggiare i singoli partecipanti allo scambio, lede l'efficienza del sistema stesso.

Purtroppo, la forte inesperienza dell'Unione europea nello scambio di quote disciplinato dalla direttiva n. 2003/87/Ce potrebbe determinare distorsioni nell'efficienza dell'*Emissions trading*; inoltre, è necessario definire un sistema sanzionatorio rigido, in grado di scoraggiare defezioni che potrebbero determinare il fallimento del meccanismo stesso.

In aggiunta a queste considerazioni è opportuno sottolineare che la riduzione delle emissioni antropogeniche dell'8%, rispetto ai livelli del 1990, come richiesta per l'Unione europea dal Protocollo di Kyoto, probabilmente non verrà raggiunta a causa della crescita continua delle emissioni derivanti dal settore dei trasporti *on routes*.

Secondo le stime dell'Agenzia Europea per l'Ambiente, nel 2010 gli obblighi di Kyoto saranno quasi completamente disattesi poiché si prevede, per quella data, una riduzione delle emissioni antropogeniche europee abbondantemente al di sotto delle richieste di Kyoto: soltanto lo 0.2% delle emissioni rispetto ai livelli del 1990.

Per il momento è necessario "restare a guardare"; l'efficienza e l'efficacia del sistema istituito a norma della direttiva n. 2003/87/Ce si manifesteranno fra qualche anno.

La Comunità europea ha attuato una scelta coraggiosa nell'approvare il sistema di scambio di quote di gas serra, dimostrando alle Nazioni più potenti (USA, Giappone ed ex Unione Sovietica) che la tutela dell'ambiente è compito irrinunciabile di chi governa una Nazione o un insieme di Stati.

Valentina Di Milla*

* Dottore in Economia e Commercio. Collaboratrice presso la Cattedra di Diritto dell'Unione europea, Facoltà di Economia, Università degli Studi di Cassino.

DOCUMENTAZIONE

REGISTRAZIONE COMUNITARIA DI UNA DOP O DI UNA IGP: TUTELA DEI PRODUTTORI CHE GIÀ UTILIZZAVANO DENOMINAZIONI SIMILI

Decreto 3 novembre 2003. Concessione di un periodo di adeguamento alle imprese di panificazione utilizzanti nei loro prodotti il riferimento al nome geografico «Altamura» senza rivendicare la corrispondente denominazione di origine protetta*

Il Direttore generale per la qualità dei prodotti agroalimentari e la tutela del consumatore

Visto il regolamento (Cee) n. 2081/92 del 14 luglio 1992 del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli ed alimentari;

Visto il regolamento (Ce) n. 535/97 del 17 marzo 1997 del Consiglio che modifica il regolamento (Cee) n. 2081/92 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli ed alimentari;

(Omissis)

Considerato che l'esistenza sui mercati nazionale ed estero di prodotti recanti il riferimento al medesimo nome geografico «Altamura» riservato, a seguito dell'iscrizione nel citato registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette previsto dal regolamento (Cee) n. 2081/92 alla denominazione di origine protetta «Pane di Altamura» provoca incertezza nei consumatori e un potenziale danno ai produttori della Dop «Pane di Altamura» la cui diffusione può essere ostacolata dalla presenza di prodotti, recanti indicazioni simili, i cui costi di produzione non comprendono quelli sostenuti per le corrispondenti attività di controllo in precedenza indicate;

Ritenuto di dover contemperare le esigenze dei produttori della Dop con quelle delle imprese individuate all'art. 3, accogliendo le istanze delle imprese predette me-

* In *Guri* n. 281 del 3 dicembre 2003. In argomento v. *infra*, p. 589 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

diante la concessione del periodo di adeguamento, previsto dalla regolamentazione comunitaria in precedenza citata fissandone il termine alla data del 31 dicembre 2004, oltre la quale il nome geografico «Altamura» è riservato al prodotto di panetteria ottenuto nel rispetto del disciplinare di produzione, approvato con il regolamento di registrazione (Ce) n. 1291/2003 della Commissione del 18 luglio 2003;

Decreta:

Articolo 1

È concesso il periodo di adeguamento previsto dall'art. 5, par. 5 del regolamento (Cee) n. 2081/92 del 17 marzo 1997 del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli ed alimentari, come integrato dall'art. 1, par. 2 del regolamento (Ce) n. 535/1997 del 17 marzo 1997 del Consiglio, concernente la produzione e la commercializzazione di prodotti di panetteria recanti il riferimento al nome geografico «Altamura».

Articolo 2

Il periodo di adeguamento decorre dalla data di emanazione del decreto con il quale è stata accordata la protezione transitoria a livello nazionale alla denominazione «Pane di Altamura», successivamente registrata quale denominazione di origine protetta, ai sensi del citato regolamento (Cee) n. 2081/92, con regolamento (Ce) n. 1291/2003 del 18 luglio 2003 della Commissione, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* n. L 181 del 19 luglio 2003, e ha termine il 31 dicembre 2004.

(Omissis)

REGISTRAZIONE DI DENOMINAZIONI GEOGRAFICHE IN BASE AL REGOLAMENTO N. 2081/92 E SUOI EFFETTI SUI PRODUTTORI CHE HANNO UTILIZZATO LEGITTIMAMENTE NEL PASSATO DENOMINAZIONI GEOGRAFICHE UGUALI O SIMILI

Sommario: *Premessa - I. La situazione di fatto - II. Aspetti giuridici - 1. Gli obiettivi del regolamento n. 2081/92 - A. Obiettivi economico-sociali - B. Obiettivi di carattere giuridico - 2. Le modalità di tutela degli interessi dei produttori che subiscono pregiudizi a causa della registrazione, in sede comunitaria, di una denominazione di origine protetta (Dop) o di una indicazione geografica protetta (Igp) - A. La tutela degli interessi dei produttori con riferimento all'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 17 del regolamento Ce n. 2081/92 - B. La tutela degli interessi dei produttori con riferimento all'applicazione della procedura normale (o ordinaria) di cui all'art. 5 ss. del regolamento n. 2081/92 - C. Conclusioni sul punto - III. Valutazioni finali e conclusive.*

Premessa

La registrazione di una nuova denominazione geografica, come DOP oppure IGP, sulla base del regolamento n. 2081/92, determina di regola effetti giuridici pregiudizievoli ai danni dei produttori che in passato hanno usato in modo legittimo una denominazione uguale o simile a quella registrata per commercializzare i propri prodotti sul mercato.

Tali produttori, infatti, non sono più legittimati ad utilizzare per il futuro alcuna denominazione simile (confondibile) con quella registrata (cfr. art. 13, par. 1, del regolamento n. 2081/92).

Occorre quindi chiedersi se, per esigenze di natura equitativa, il regolamento n. 2081/92 consenta di far ricorso ad alcuni rimedi temporanei destinati ad attenuare l'impatto di tali effetti pregiudizievoli.

Il decreto del Ministro delle politiche agricole del 3 novembre 2003, sopra riportato, relativo alla denominazione di origine protetta (DOP) «Pane di Altamura», costituisce un esempio dei rimedi che il regolamento n. 2081/92 consente di accordare.

Per meglio comprendere, in concreto, la natura di tali rimedi appare opportuno esaminare in dettaglio le vicende che riguardano, nel suo complesso, la procedura di registrazione della DOP «Pane di Altamura», sotto il profilo giuridico.

I. La situazione di fatto

Il Consorzio per la tutela del pane di Altamura, dopo aver esaurite le procedure interne previste dalla normativa di cui al regolamento Ce n. 2081/92, ha presentato in sede comunitaria una domanda di registrazione della denominazione «Pane di Altamura» come DOP, in base alle disposizioni del predetto regolamento relativo alla tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari.

Tale domanda¹ oltre alle varie indicazioni richieste dal citato regolamento n. 2081/92, contiene anche una sintesi del disciplinare di produzione del «Pane di Altamura» che fa riferimento alle delimitazioni geografiche relative tanto alla zona di coltivazione dei grani dai quali viene estratta la farina impiegata, quanto alla zona di ubicazione degli impianti di produzione del pane. Tali zone sono di dimensioni limitate e tutte adiacenti al territorio amministrativo del Comune di Altamura ed ai territori di pochi altri Comuni limitrofi.

In concomitanza con la presentazione della domanda di registrazione in sede comunitaria della denominazione «Pane di Altamura», il Ministero delle politiche agricole, con decreto in data 8 marzo 2001², ha accordato alla predetta denominazione la tutela a titolo provvisorio a livello nazionale, ai sensi dell'art. 5 del regolamento n. 2081/92.

Tale tutela provvisoria consente ai produttori della zona sopra indicata, che osservano le prescrizioni contenute nel disciplinare di produzione, di utilizzare la denominazione «Pane di Altamura» in modo legittimo. Questa tutela viene comunque riconosciuta unicamente con riferimento all'Italia e al diritto italiano fino al momento in cui non verrà registrata la denominazione «Pane di Altamura» in sede comunitaria in base al regolamento n. 2081/92.

A partire da tale registrazione, la tutela della denominazione «Pane di Altamura» avrà riconoscimento ufficiale in tutti i Paesi dell'Unione europea sulla base del diritto comunitario e non potrà essere giuridicamente contestata in alcun Stato membro sulla base del diritto nazionale.

¹ In *Guce* n. C 156 del 30 maggio 2001.

² In *Guri* n. 73 del 28 marzo 2001.

Oltre ai produttori legittimati ad utilizzare la denominazione «Pane di Altamura», altri produttori italiani utilizzavano da tempo una denominazione simile («Pane tipo Altamura» o «Pane genere Altamura») per designare un prodotto non avente i requisiti richiesti dal disciplinare di produzione del «Pane di Altamura».

Tali produttori commercializzavano da oltre cinque anni il loro pane in varie parti d'Italia diffondendo tra i consumatori la conoscenza del nome «Altamura» che designa il tipico prodotto.

La denominazione «Pane tipo Altamura» (o altra denominazione simile) è quindi sempre stata utilizzata dai predetti produttori italiani in modo legittimo, con la conseguenza che su di essa gli stessi hanno effettuato per anni adeguati investimenti promozionali.

Il problema rilevante, sotto il profilo giuridico, concerne l'efficacia del divieto di continuare ad utilizzare la denominazione «Pane tipo Altamura» (od altra denominazione simile) a partire dalla data di registrazione della DOP «Pane di Altamura» in sede comunitaria, in base al regolamento n. 2081/92.

Poiché, infatti, il divieto di utilizzare la denominazione «Pane tipo Altamura» (od altra denominazione simile) è divenuto operativo a partire dalla data di registrazione della citata DOP, i produttori italiani, sopra menzionati, in assenza di rimedi temporanei adeguati, non avrebbero alcuna possibilità di trovare soluzioni commerciali alternative per il loro prodotto, perdendo di colpo i benefici degli investimenti promozionali effettuati, con evidenti danni alle loro imprese.

Orbene, in base alla disciplina comunitaria stabilita dal regolamento n. 2081/92, deve essere riconosciuto ai predetti produttori italiani il diritto di continuare ad utilizzare la denominazione «Pane tipo Altamura» (od altra denominazione simile) dopo la registrazione in sede comunitaria della DOP «Pane d'Altamura» per un periodo ritenuto adeguato al fine di evitare le conseguenze pregiudizievoli sopra indicate.

A tali conclusioni è possibile pervenire sulla base delle considerazioni giuridiche svolte in prosieguo.

II. Aspetti giuridici

1. GLI OBIETTIVI DEL REGOLAMENTO N. 2081/92

Sono chiari gli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 2081/92 sotto il profilo economico-sociale, come pure quelli da esso perseguiti sotto il profilo giuridico.

Per una maggior comprensione del ragionamento che verrà svolto in prosieguo conviene esaminare tali obiettivi separatamente.

A. *Obiettivi economico-sociali*

Dal punto di vista economico-sociale, gli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 2081/92 sono agevolmente deducibili dal suo secondo «considerando» laddove viene precisato che:

«la promozione di prodotti di qualità aventi determinate caratteristiche può rappresentare una carta vincente per il mondo rurale, in particolare nelle zone svantaggiate o periferiche, in quanto garantirebbe, da un lato, un miglioramento dei redditi degli agricoltori e favorirebbe, dall'altro lato, la permanenza della popolazione rurale nelle zone suddette».

Come si vede, il vantaggio che deriva ai produttori delle zone rurali, dal punto di vista economico, è rappresentato dalla valorizzazione del loro prodotto sul mercato con il conseguente incremento delle possibilità di reddito dei produttori medesimi.

Dal punto di vista sociale, il vantaggio è rappresentato dal fatto che, con un incremento dei redditi, i produttori delle zone rurali sono invogliati a rimanere in tali zone presidiando il territorio e proteggendo l'ambiente.

B. *Obiettivi di carattere giuridico*

Due sono, essenzialmente, gli obiettivi di carattere giuridico perseguiti dal regolamento Ce n. 2081/92. Il primo di tali obiettivi è deducibile dal settimo *considerando* del citato regolamento.

Questo *considerando* segnala l'esistenza, all'interno degli Stati membri, di procedure diverse per la protezione delle denominazioni, riconoscendo che:

«le prassi nazionali di elaborazione e di attribuzione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche sono attualmente eterogenee».

Di conseguenza lo stesso *considerando* sottolinea la necessità di far ricorso ad una regolamentazione comunitaria dato che:

«un quadro normativo comunitario recante un regime di protezione favorirà la diffusione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine poiché garantirà, tramite un'impostazione più uniforme, condizioni di concorrenza uguali tra i produttori dei prodotti che beneficiano di siffatte diciture, ciò che farà aumentare la credibilità dei prodotti in questione agli occhi dei consumatori».

Come si può comprendere, il primo obiettivo perseguito dal regolamento Ce n. 2081/92, sotto il profilo giuridico, è quello di introdurre una regolamentazione uniforme, in sede comunitaria, per quanto riguarda il riconoscimento

delle denominazioni di origine, allo scopo di rendere applicabili gli stessi criteri nelle relative procedure e di attribuire, ad ogni denominazione, la stessa efficacia giuridica all'interno degli Stati membri, grazie al diritto comunitario e alla sua prevalenza rispetto ai diritti nazionali.

Il secondo obiettivo, sempre sotto il profilo giuridico, si deduce dagli artt. 13 e 14 del regolamento Ce n. 2081/92 più volte citato.

Le disposizioni contenute negli artt. 13 e 14 (soprattutto quelle contenute nell'art. 13) riconoscono ai soli produttori, legittimati ad utilizzare le denominazioni protette, un diritto che può essere fatto valere in tutti gli Stati membri grazie all'efficacia della normativa comunitaria che prevale sulle norme nazionali degli Stati membri.

In sostanza, pertanto, il regolamento Ce n. 2081/92 attribuisce unicamente ad una determinata categoria di produttori (quelli legittimati ad utilizzare una specifica denominazione protetta) un diritto esclusivo che può essere fatto valere nei confronti di qualunque altro produttore, sia esso appartenente allo Stato membro cui appartengono i produttori titolari del diritto esclusivo, sia esso appartenente ad uno qualsiasi degli altri Stati membri.

In conclusione, il diritto esclusivo attribuito dal regolamento Ce n. 2081/92 è assimilabile ad un vero e proprio diritto di proprietà commerciale e/o industriale analogo a quello riconosciuto dalle Convenzioni internazionali e dalle leggi nazionali in materia di marchi e di brevetti³.

Orbene, considerata l'importanza e la gravità delle conseguenze giuridiche derivanti dall'attribuzione di tale diritto esclusivo, era logicamente comprensibile che il regolamento n. 2081/92 dovesse preoccuparsi della posizione dei vari produttori che avrebbero potuto subire sensibili pregiudizi a causa del riconoscimento del diritto esclusivo medesimo.

Il regolamento Ce n. 2081/92 ha quindi previsto l'applicazione di particolari regole per consentire, in via temporanea, una ragionevole tutela degli interessi degli operatori comunitari costretti a subire le limitazioni imposte ai loro diritti soggettivi dall'attribuzione del diritto esclusivo di cui sopra.

2. LE MODALITÀ DI TUTELA DEGLI INTERESSI DEI PRODUTTORI CHE SUBISCONO PREGIUDIZI A CAUSA DELLA REGISTRAZIONE, IN SEDE COMUNITARIA, DI UNA DENOMINAZIONE DI ORIGINE PROTETTA (DOP) O DI UNA INDICAZIONE GEOGRAFICA PROTETTA (IGP)

Per rendere chiaramente comprensibile la filosofia che sta alla base del sistema introdotto dal regolamento Ce n. 2081/92 per salvaguardare gli inte-

³ F. CAPELLI - B. KLAUS, *La tutela delle indicazioni geografiche nell'ordinamento comunitario e in quello internazionale*, in questa *Rivista*, 2004, p. 191 ss.

ressi dei produttori comunitari costretti a subire i pregiudizi derivanti tanto dalla registrazione di una DOP (o di una IGP) quanto dal riconoscimento del relativo diritto di esclusiva, sopra esaminati, occorre operare una netta distinzione tra le registrazioni effettuate a conclusione di una procedura semplificata ai sensi dell'art. 17 del regolamento Ce n. 2081/92⁴ e le registrazioni effettuate a conclusione di una procedura normale (od ordinaria), ai sensi dell'art. 5 ss. dello stesso regolamento Ce n. 2081/92.

Le due procedure di registrazione devono essere tenute rigorosamente distinte e qui di seguito saranno esaminate in modo separato.

A. *La tutela degli interessi dei produttori con riferimento all'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 17 del regolamento Ce n. 2081/92*

Come è noto, al momento dell'entrata in vigore del regolamento Ce n. 2081/92 (24 luglio 1993), erano disponibili nei mercati degli Stati membri, e, principalmente, in quelli francesi e italiani, diversi prodotti alimentari contraddistinti con denominazioni nazionali ormai divenute celebri.

Tali denominazioni celebri, proprio per la notorietà dei prodotti cui si riferivano, da tempo affermati su tutti i mercati, godevano generalmente, all'interno del Paese membro di origine, di una protezione giuridica effettiva. Al di fuori del Paese membro di origine, le stesse denominazioni potevano invece godere di un'equivalente protezione giuridica soltanto sulla base di apposite Convenzioni internazionali bilaterali stipulate dal Paese membro di origine con i singoli Paesi membri interessati.

Grazie al regolamento Ce n. 2081/92, è stata alla fine introdotta in tutti i Paesi membri, come sappiamo, una protezione giuridica uniforme per ogni denominazione registrata in sede comunitaria.

Prima dell'entrata in vigore del regolamento Ce n. 2081/92, in mancanza di specifiche e precise Convenzioni internazionali, le denominazioni celebri, che erano protette nel Paese di origine, potevano venire imitate e contraffatte negli altri Paesi membri.

Poiché tali imitazioni o contraffazioni non erano facilmente perseguibili in via giudiziaria al di fuori del Paese nel quale risultava tutelata la denominazione originaria, si erano alla fine sviluppate, negli altri Paesi membri, specifiche attività di produzione che sfruttavano tale situazione senza violare alcuna disposizione nazionale vincolante.

Al momento dell'adozione del regolamento Ce n. 2081/92 ci si è resi conto che per le denominazioni celebri, giuridicamente riconosciute e protette

⁴ La procedura semplificata non è più esperibile dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 692/2003, come viene stabilito dall'art. 2 (*Guce* n. L 99 del 17 aprile 2003, p. 1).

dalla normativa nazionale del Paese membro di origine, relative ai prodotti già affermati sul mercato europeo, non era necessario instaurare una procedura formale anche in sede comunitaria per attribuire ad esse il riconoscimento DOP o IGP, bastando l'applicazione di una procedura semplificata che consentisse di certificare, a livello europeo, l'effettiva esistenza delle caratteristiche già riconosciute dalla normativa nazionale.

Per questo è stata introdotta la procedura semplificata disciplinata dall'art. 17 del regolamento Ce n. 2081/92, che ha consentito di giungere alla registrazione, in sede comunitaria, delle più famose denominazioni di prodotti alimentari già da tempo esistenti sul mercato europeo e mondiale.

Possiamo ricordare, per rendere chiari i concetti, alcune denominazioni (DOP) celebri come: Prosciutto di Parma, Prosciutto di San Daniele, Parmigiano Reggiano, Grana Padano e Gorgonzola.

Queste denominazioni di origine, successivamente registrate in base al regolamento n. 1107/96⁵, avrebbero pertanto impedito, a partire dal 21 giugno 1996 (data di registrazione), a tutti i produttori europei di utilizzare denominazioni simili o comunque con esse confondibili anche nel caso in cui, all'interno dei loro Stati membri rispettivi, fosse stato legittimamente consentito l'utilizzo di una denominazione confondibile.

Per rendere ancor più chiari i concetti, possiamo riferirci alla denominazione «Parmesan» che era usata in tutti i Paesi europei per designare un formaggio di pasta dura grattugiato, senza essere composto di «Parmigiano Reggiano».

Ci riferiamo quindi ad un caso concreto che, come è noto, è stato affrontato e deciso dalla Corte di giustizia nella causa n. C-66/2000⁶.

A tale proposito, mentre in Italia, in base alla Legge n. 125 del 10 Aprile 1954, l'utilizzo del nome «Parmesan» era vietato per designare un formaggio non composto di «Parmigiano Reggiano», nel mercato degli altri Paesi membri l'utilizzo del nome «Parmesan» non era invece proibito, per cui numerosi operatori producevano e vendevano formaggi grattugiati sul mercato europeo, designandoli con il nome «Parmesan» senza impiegare l'autentico Parmigiano Reggiano.

Per evitare quindi che i produttori europei, come quelli che producevano il formaggio «Parmesan», fossero costretti a cessare, a partire dal giorno successivo alla data di registrazione, l'attività di produzione e di vendita dei loro prodotti, il regolamento n. 2081/92 ha concesso loro la possibilità di continuare ad utilizzare le loro denominazioni (come ad esempio «Parmesan») per altri cinque anni successivi alla data di registrazione della DOP (fino al 21 giugno 2001).

Ovviamente, tale possibilità non avrebbe potuto essere concessa ai produttori italiani per il fatto che ad essi doveva essere in ogni caso applicato il

⁵ In *Guce* n. L 148 del 21 giugno 1996, p. 1.

⁶ Procedimento penale a carico di *Dante Bigi*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5917.

divieto imposto dalla legge italiana n. 125 del 10 aprile 1954 sopra citata.

L'unico dubbio, che poteva sussistere, riguardava l'eventuale diritto dei produttori italiani di utilizzare il nome «Parmesan» per designare un formaggio diverso dal Parmigiano Reggiano, nel caso in cui essi l'avessero voluto vendere non in Italia (poiché proibito) ma bensì nei Paesi europei nei quali tale utilizzo era consentito agli altri produttori europei.

La Corte di giustizia, nella sentenza emessa in causa n. C-66/2000 appena citata, relativa alle limitazioni di impiego della denominazione «Parmesan», ha escluso che i produttori italiani potessero produrre in Italia un formaggio non composto di Parmigiano Reggiano, al solo scopo di venderlo con il nome «Parmesan» negli altri Paesi membri, neppure se in tali Paesi membri una vendita siffatta era legittimamente consentita agli altri produttori europei.

Così chiarita la filosofia seguita dal legislatore comunitario, vediamo ora come il regolamento n. 2081/92 l'ha tradotta in disposizioni giuridiche vincolanti.

L'art. 13, secondo paragrafo del regolamento n. 2081/92 (nella versione introdotta dal citato regolamento n. 692/2003) stabilisce che:

«In deroga al par. 1 lett. a. e b., gli Stati membri possono lasciare in vigore i sistemi nazionali che consentono l'impiego delle denominazioni registrate in virtù dell'art. 17 per un periodo massimo di cinque anni a decorrere dalla data di pubblicazione della registrazione, sempreché:

- i prodotti siano stati legalmente immessi in commercio con tali denominazioni da almeno cinque anni prima della data di pubblicazione del presente regolamento;*
- le imprese abbiano legalmente immesso in commercio i prodotti in questione utilizzando in modo continuativo le denominazioni durante il periodo di cui al primo trattino,*
- dalle etichette risulti chiaramente la vera origine dei prodotti.*

Questa deroga non può tuttavia condurre alla libera immisione in commercio dei prodotti nel territorio di uno Stato membro per il quale tali denominazioni erano vietate».

Come appare chiaramente indicato nelle disposizioni sopra riportate, i Paesi membri diversi dal Paese membro che ha ottenuto la registrazione della denominazione di origine, possono consentire, a determinate condizioni, che una denominazione confondibile con una DOP (o una IGP) legittimamente registrata, possa continuare ad essere utilizzata dagli operatori europei all'interno dei propri territori per un periodo fino a cinque anni, a partire dalla data di registrazione.

L'ultimo comma del par. 2 dell'art. 13 sopra riportato, che esclude la possibilità di utilizzare le denominazioni confondibili all'interno del Paese membro

nel quale le stesse erano vietate in base alle norme nazionali, è stato interpretato dalla Corte di giustizia, nella sentenza sul «Parmesan», come sappiamo, nel senso di ritenere in ogni caso vietato, per i produttori ubicati nel Paese membro di origine del prodotto, l'utilizzo della denominazione vietata anche se il prodotto designato con tale denominazione risultasse destinato ad essere venduto nei Paesi membri nei quali la denominazione confondibile era consentita.

Le considerazioni sopra svolte portano a concludere come segue.

Nel caso di denominazioni di origine (DOP) o di indicazioni geografiche (IGP) registrate mediante la procedura semplificata, disciplinata dall'art. 17 del regolamento n. 2081/92, i produttori degli Stati membri diversi da quello che ha chiesto ed ottenuto la registrazione della DOP o della IGP, hanno il diritto di chiedere la deroga prevista dall'art. 13, par. 2, sopra riportato che consente loro, a determinate condizioni, di beneficiare di un periodo fino a cinque anni durante il quale possono continuare ad utilizzare la denominazione confondibile.

Ovviamente, la deroga fino a cinque anni deve consentire ai predetti operatori di andare alla ricerca di soluzioni commerciali alternative allo scopo di non trovarsi, dall'oggi al domani, in evidenti difficoltà in mancanza di una denominazione sostitutiva, sufficientemente conosciuta, con cui promuovere e veicolare i propri prodotti.

Di contro, i produttori operanti all'interno del Paese membro che ha chiesto ed ottenuto la registrazione della DOP o della IGP in base alla procedura semplificata di cui al citato art. 17 del regolamento n. 2081/92, non hanno alcun diritto di beneficiare delle predetta deroga di cinque anni, per il fatto che, all'interno del loro Paese, l'utilizzo delle denominazioni confondibili era già vietata in base alla legislazione nazionale vigente prima della registrazione comunitaria. Di conseguenza, non avrebbe avuto alcun senso concedere una deroga per esercitare in futuro un diritto che in passato neppure esisteva.

La Corte di giustizia, nella citata sentenza sul caso *Parmesan*, ha rincarato la dose a scapito dei produttori nazionali, vietando loro, come abbiamo visto, di utilizzare la denominazione confondibile per designare i loro prodotti anche se gli stessi erano destinati ad essere venduti nei Paesi membri nei quali l'utilizzo della denominazione confondibile poteva beneficiare della deroga dei cinque anni sopra menzionata.

B. *La tutela degli interessi dei produttori con riferimento all'applicazione della procedura normale (o ordinaria) di cui all'art. 5 ss. del regolamento n. 2081/92*

Rispetto a quanto abbiamo visto nel precedente paragrafo, con riferimento alla procedura semplificata di cui all'art. 17 del regolamento n. 2081/92, in caso di registrazione in sede comunitaria delle denominazioni di origine (DOP) e

delle indicazioni geografiche (IGP), secondo la procedura normale di cui all'art. 5 ss. dello stesso regolamento, la posizione dei produttori europei è stata disciplinata dal legislatore comunitario in modo diametralmente opposto.

Per meglio comprendere la normativa che verrà in seguito esaminata, occorre, anche in questo caso, mettere prima in evidenza la filosofia che sta alla base della disciplina relativa.

La procedura di registrazione delle DOP e IGP qualificata come "normale" o "ordinaria", prevista dagli artt. 5 ss. del regolamento n. 2081/92, riguarda la registrazione di denominazioni che, per definizione, non godono, al momento della presentazione della domanda di registrazione, di alcuna protezione giuridica neppure nel Paese membro di origine.

Ciò ovviamente ben si comprende ove si consideri che, in caso contrario, la domanda di registrazione sarebbe stata presentata in base alla procedura semplificata disciplinata dall'art. 17 che abbiamo sopra esaminato.

In effetti, l'esistenza di una protezione giuridica a livello nazionale, come abbiamo sopra ricordato, costituisce il segno, da un lato, che il prodotto designato con la denominazione protetta era già noto e affermato a livello nazionale, nonché, dall'altro lato, che nessun operatore, all'interno del Paese considerato, potrebbe essere autorizzato ad utilizzare la denominazione protetta al di fuori della categoria dei produttori legittimati.

Se, dunque, la denominazione di cui viene chiesta la registrazione ai sensi dell'art. 5 ss. del regolamento n. 2081/92 non gode, di regola, di alcuna protezione giuridica al momento della presentazione della domanda di registrazione, significa che tutti i produttori possono utilizzare tale denominazione o, più precisamente, possono usare denominazioni simili e confondibili con la denominazione di cui alla domanda di registrazione.

In genere si tratterà di produttori del Paese membro nel quale la denominazione ha avuto origine.

Ciò non esclude però che, in casi particolari ed eccezionali, anche i produttori di altri Stati membri possano aver utilizzato in passato e avere interesse a continuare ad utilizzare, in futuro, la stessa denominazione di cui alla domanda di registrazione (od altre denominazioni simili con essa confondibili).

In presenza di un quadro siffatto, appare ovvio che il legislatore comunitario ha dovuto tenere distinta la posizione dei produttori del Paese membro richiedente la registrazione della denominazione, da quella dei produttori (eventuali ed ipotetici) appartenenti ad altri Stati membri.

Ed infatti, mentre nel caso di registrazione di una DOP o di una IGP, verranno di regola danneggiati i produttori nazionali che, fino alla data della registrazione, avevano utilizzato legittimamente denominazioni simili e confondibili con la denominazione registrata, molto raramente ciò potrà capitare ai produttori degli altri Stati membri, per le ragioni appena viste.

Di questa diversa situazione il legislatore comunitario ha tenuto conto

nell'adottare le disposizioni specifiche del regolamento n. 2081/92.

Per questo, l'art. 5, par. 5, quinto comma, del regolamento n. 2081/92 (nella versione introdotta dal regolamento n. 535/97⁷), che si riferisce agli effetti della registrazione di una DOP o IGP all'interno del Paese membro che l'ha richiesta, e quindi, con riferimento ai produttori di tale Paese membro, così precisa:

«Al momento di tale decisione [sulla registrazione di una DOP o IGP] può essere fissato un periodo di adeguamento non superiore a cinque anni, a condizione che le imprese interessate abbiano legalmente immesso in commercio i prodotti in questione utilizzando in modo continuativo tali denominazioni per almeno i cinque anni che precedono la data di pubblicazione prevista all'art. 6, par. 2».

Ciò significa, pertanto, che i produttori dello Stato membro richiedente la registrazione, possono sempre chiedere la concessione del periodo di adeguamento fino a cinque anni, alle condizioni stabilite all'art. 5, par. 5, quinto comma sopra riportato, nel caso in cui, non essendo più legittimati, per il futuro, ad utilizzare la denominazione DOP o IGP di cui alla domanda di registrazione, devono necessariamente ricorrere a nuovi strumenti promozionali allo scopo di adeguarsi al mercato per non perdere la propria clientela subendo danni ingiusti.

Al contrario, per quanto riguarda i produttori degli altri Stati membri che solo eccezionalmente potrebbero essere danneggiati dalla registrazione di una denominazione DOP o IGP, l'art. 13, par. 4 del regolamento n. 2081/92 ha previsto una disciplina diversa e più restrittiva.

È da notare che il già citato regolamento n. 692/2003, di modifica del regolamento n. 2081/92, ha esteso la tutela di cui al citato art. 13, par. 4, anche ai produttori dei Paesi terzi appartenenti all'OMC in condizioni di reciprocità.

Orbene il par. 4, dell'art. 13 del regolamento n. 2081/92, stabilisce che:

«Per quanto riguarda le denominazioni la cui registrazione è richiesta ai sensi dell'art. 5 o dell'art. 12 bis, un periodo transitorio non superiore a cinque anni può essere previsto, nel quadro dell'art. 7, par. 5, lett. b., dell'art. 12 ter, par. 3 e dell'art. 12 quinquies, par. 3, solo nel caso in cui un'opposizione sia stata dichiarata ricevibile in quanto la registrazione della denominazione proposta danneggerebbe l'esistenza di una denominazione totalmente o parzialmente omonima o l'esistenza di prodotti che si trovano legalmente sul mercato da almeno cinque anni prima della data di pubblicazione prevista all'art. 6, par. 2.

⁷ In *Guce* n. L 83 del 25 marzo 1997, p. 3.

Questo periodo transitorio può essere previsto solo a condizione che le imprese abbiano legalmente immesso in commercio i prodotti in questione utilizzando in modo continuativo tali denominazioni durante almeno i cinque anni che precedono la data di pubblicazione prevista all'art. 6, par. 2».

Come si vede, in considerazione della eccezionalità del caso, il regolamento n. 2081/92 consente che anche un Paese membro diverso dal Paese membro richiedente la registrazione (e addirittura, da ultimo, anche un Paese terzo) possa riconoscere, ai propri operatori, un periodo di deroga transitorio non superiore a cinque anni, soltanto nel caso cui una sua opposizione, presentata nel corso della procedura normale di registrazione, sia stata dichiarata ammissibile nel quadro dell'art. 7 del predetto regolamento.

Pertanto, quando nel corso di una procedura normale avviata in base all'art. 5 ss. del regolamento n. 2081/92, uno Stato membro (diverso dallo Stato membro richiedente) o uno Stato terzo, propongono opposizione nel quadro dell'art. 7, per impedire la registrazione di una denominazione (DOP o IGP), e tale opposizione viene dichiarata ammissibile, il predetto Stato membro (o lo Stato terzo) può concedere la deroga fino a cinque anni (alle condizioni stabilite dall'art. 13, par. 4) ai propri operatori che abbiano utilizzato nei cinque anni precedenti una denominazione simile alla denominazione registrata e con essa confondibile.

Ovviamente, l'opposizione dichiarata ammissibile non avrà la forza di impedire la registrazione della DOP o della IGP, ma riuscirà comunque a determinare, come risultato utile, la protezione, nei limiti di un periodo di cinque anni, dei produttori che sarebbero rimasti danneggiati dalla efficacia immediata del divieto connesso alla registrazione della denominazione.

C. Conclusioni sul punto

Da quanto sopra esposto deriva pertanto, in modo evidente, che il regolamento n. 2081/92 disciplina in modo totalmente diverso la posizione dei produttori nazionali che si trovano danneggiati dalla registrazione di una denominazione DOP o IGP in base alla procedura semplificata di cui all'art. 17, rispetto a quella dei produttori nazionali danneggiati da una registrazione concessa in base alla procedura normale od ordinaria di cui all'art. 5.

Ai produttori nazionali, nel caso di una registrazione concessa in base all'art. 17 non spetta alcun diritto di deroga, nel senso sopra visto. Al contrario, ai produttori nazionali, nel caso di una registrazione concessa in base all'art. 5 ss., può sempre essere concesso il diritto di deroga di cui sopra.

III. Valutazioni finali e conclusive

Le considerazioni sopra esposte consentono di concludere nel senso di ritenere giuridicamente fondato il provvedimento del Ministero per le politiche agricole del 3 novembre 2003 sopra riportato.

Poiché la registrazione della denominazione di origine DOP, «Pane di Altamura», è stata concessa sulla base della procedura ordinaria disciplinata dall'art. 5 ss. del regolamento n. 2081/92, la necessaria conclusione doveva essere nel senso che i produttori italiani i quali, per almeno cinque anni prima della data di registrazione della DOP, avevano ininterrottamente utilizzato la denominazione «Pane tipo Altamura» (od altre denominazioni simili), dovevano avere il diritto di ottenere la concessione del periodo di adeguamento previsto dall'art. 5, par. 5, comma 5 del regolamento n. 2081/92. Il provvedimento sopra riportato ha seguito tale indirizzo pur limitando la durata del periodo di adeguamento.

Fausto Capelli

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 17-18 giugno 2004*

1. Il Consiglio europeo ha passato in rassegna i progressi compiuti in vari settori e ha fissato orientamenti per gli sviluppi futuri delle politiche in ciascuno di essi.

2. La riunione è stata preceduta da un intervento del Signor Pat Cox, presidente del Parlamento europeo, seguito da uno scambio di opinioni.

3. Il Consiglio europeo ha espresso preoccupazione per la scarsa partecipazione elettorale nelle elezioni al Parlamento europeo svoltesi la settimana scorsa. Riconosce l'esigenza di sensibilizzare maggiormente i cittadini d'Europa all'importanza delle attività svolte dall'Unione e all'attinenza di tali attività con la loro vita quotidiana. In seguito a una discussione preliminare in questa occasione, il Consiglio europeo intende tornare sull'argomento nella prossima riunione. Nel frattempo, saluta con favore l'intenzione della Presidenza olandese di proseguire l'iniziativa «comunicare l'Europa» della Presidenza irlandese.

I. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia; lotta al terrorismo

4. I cittadini europei confidano sempre più che l'Unione compia progressi concreti nel settore della giustizia e degli affari interni sulla base dei valori condivisi della libertà, del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto.

5. Il Consiglio europeo accoglie con favore la relazione della Commissione sui progressi conseguiti nel quadro del programma quinquennale di Tampere che testi-

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet http://europa.eu.int/european_council/websites/index_it.htm (n.d.r.).

monia dei progressi sostanziali realizzati nella creazione di un autentico spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

6. Rileva che nel primo semestre dell'anno è stata compiuta una serie di importanti ulteriori passi. Tra questi figurano l'adozione della direttiva sull'ammissibilità in materia di asilo e l'accordo politico raggiunto sulla direttiva relativa alle procedure in materia d'asilo; l'accordo politico sulla direttiva relativa all'ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio e altri motivi connessi; l'adozione del regolamento sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'accordo generale sul testo della decisione quadro relativa al reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca.

7. Il Consiglio europeo ritiene sia giunto il momento di avviare la *fase successiva* del processo. Invita pertanto il Consiglio e la Commissione a preparare proposte relative a un nuovo programma per gli anni a venire affinché siano esaminate dal Consiglio europeo entro la fine del 2004.

8. Il Consiglio europeo sottolinea l'esigenza di perseguire con determinazione l'obiettivo della costruzione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. Il nuovo programma deve essere commisurato alla portata delle sfide da affrontare e alle aspettative dei cittadini europei. Deve essere pratico, basarsi sui lavori già in corso risultanti dal programma di Tampere e su una valutazione delle misure della prima generazione. Deve inoltre essere fondato sui principi generali dell'esigenza di un valore aggiunto europeo e del rispetto dei principi di sussidiarietà, proporzionalità e solidarietà. Al contempo, il programma pluriennale deve compiere progressi sostanziali ed effettivi verso il rafforzamento della reciproca fiducia e la promozione di politiche comuni, compresa la cooperazione pratica, a vantaggio di tutti i nostri cittadini.

9. È indispensabile mantenere lo slancio in attesa che venga adottato il nuovo programma. Il Consiglio europeo sottolinea in particolare una serie di priorità nel settore dell'asilo e dell'immigrazione. La nuova Agenzia per le frontiere, il cui regolamento istitutivo è prossimo alla conclusione, dovrebbe diventare operativa a inizio 2005. L'attuazione del piano di gestione delle frontiere marittime dovrebbe essere riesaminata. Il Consiglio e la Commissione sono invitati a esaminare ulteriori proposte in merito a uno strumento finanziario relativo alla gestione dei rimpatri, ispirandosi all'esperienza maturata finora in materia di rimpatrio. Il Consiglio è altresì invitato a esaminare le proposte che figurano nella comunicazione della Commissione relativa all'ingresso nell'Unione europea di persone bisognose di protezione internazionale e nella comunicazione sul rapporto tra immigrazione legale e clandestina.

10. *L'abuso di droga e il traffico di stupefacenti* sono un flagello che occorre contrastare con forza. Il Consiglio è invitato a concordare, entro dicembre 2004, proposte relative a una nuova strategia dell'UE in materia di droga per il periodo 2005-2012. Le proposte dovrebbero tener conto della valutazione finale della Commissione sulla strategia e sul piano d'azione in materia di droga per il periodo 2000-2004 e dei risultati della recente Conferenza di Dublino sul tema «La strategia dell'UE in materia di droga - la strada da seguire».

Lotta al terrorismo

11. Nella riunione di primavera, immediatamente successiva agli attentati di Madrid, il Consiglio europeo aveva adottato una dichiarazione di ampia portata sul terrorismo. Ribadisce la sua determinazione a contrastare risolutamente e in modo

globale la minaccia terroristica. La nomina di un coordinatore antiterrorismo dell'UE contribuirà a migliorare il coordinamento e la visibilità delle attività dell'UE in questo settore.

(Omissis)

Approccio integrato

18. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di ricorrere all'ampia gamma di strumenti a disposizione dell'Unione europea per affrontare tutti i fattori che favoriscono il terrorismo. Sottolinea l'esigenza di fare in modo che la lotta al terrorismo sia integrata pienamente nella politica delle relazioni esterne dell'UE e chiede che siano presentate al Consiglio europeo di dicembre proposte concrete circa il modo di conseguire detto obiettivo con la massima efficacia.

(Omissis)

II. Allargamento

Bulgaria e Romania (Omissis)

Turchia (Omissis)

Croazia (Omissis)

Conseguenze dello status della Croazia per gli altri paesi dei Balcani occidentali

(Omissis)

III. Prospettive finanziarie (Omissis)

IV. Questioni economiche e sociali, occupazione e ambiente

Indirizzi di massima per le politiche economiche e orientamenti in materia di occupazione (Omissis)

Agenda di riforme di Lisbona

41. Il Consiglio europeo accoglie con favore i progressi compiuti dopo la sua riunione di primavera su importanti misure che offrono vantaggi diretti e tangibili ai cittadini, quali parte dell'opera di perseguimento di obiettivi sociali, economici e ambientali dell'Unione. In tal modo esso riconosce la bontà della cooperazione con il Parlamento europeo uscente e con la Commissione di cui il Consiglio ha fruito in un periodo di opportunità e sfide rilevanti. In particolare, il Consiglio europeo desidera evidenziare i principali progressi compiuti nei settori seguenti :

- *piano d'azione nel settore dei servizi finanziari*, con le necessarie decisioni sui restanti elementi in materia di trasparenza e servizi di investimento;

- *mobilità* dei cittadini, delle imprese e dei servizi europei, grazie a normative in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali, coordinamento della sicurezza sociale, Europass e introduzione della tessera di assicurazione sanitaria europea;
- *diritti di proprietà intellettuale* e disposizioni in materia di brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici, grazie ad un accordo su misure di incentivazione e protezione dell'innovazione europea;
- *protezione dei consumatori*, mediante misure in materia di esecuzione e di pratiche commerciali sleali;
- *protezione dell'ambiente*, mediante misure riguardanti la qualità dell'aria, la protezione marittima, la responsabilità ambientale, la conservazione della biodiversità e i cambiamenti climatici, compresa l'istituzione di tutti i meccanismi necessari affinché il sistema per lo scambio delle quote di emissione dell'UE faciliti l'ottemperanza agli obiettivi del protocollo di Kyoto;
- *sviluppo delle infrastrutture*, mediante le decisioni relative alle reti transeuropee per i trasporti e l'energia.

(Omissis)

V. Processo di pace in Irlanda del Nord *(Omissis)*

VI. Relazioni esterne/Pesc/Pesd

Strategia europea in materia di sicurezza *(Omissis)*

Combattere la povertà e l'HIV/AIDS *(Omissis)*

Raccogliere le sfide *(Omissis)*

Un'Unione europea più attiva ed efficiente *(Omissis)*

Nuove iniziative di partenariato

Politica europea di vicinato

63. Il Consiglio europeo si compiace delle proposte della Commissione relative a una politica europea di vicinato ed approva le conclusioni del Consiglio "Affari generali e relazioni esterne" del 14 giugno. L'allargamento ha avvicinato l'Unione ai paesi limitrofi orientali e meridionali. Il Consiglio europeo ribadisce l'importanza che annette al rafforzamento della cooperazione con tali vicini su una base di partenariato, di titolarità comune e di valori condivisi in materia di democrazia e di rispetto dei diritti umani.

(Omissis)

Partenariato strategico con i paesi del Mediterraneo e del Medio Oriente *(Omissis)*

Collaborare con i partner strategici *(Omissis)*

Relazioni regionali *(Omissis)*

Situazioni specifiche che destano preoccupazione

78. Il Consiglio europeo ha esaminato una serie di situazioni specifiche che destano preoccupazione e ha adottato le conclusioni sull'Iraq e sul *processo di pace in Medio Oriente* riportate in allegato.

Sudan/Darfur (Omissis)

Repubblica democratica del Congo (Omissis)

Iran (Omissis)

Nomina del Rappresentante speciale del Segretario Generale della Nazioni Unite in Kosovo (Omissis)

ALLEGATI

Elezioni presidenziali in Serbia *(Omissis)*

Difesa europea: consultazione Nato/Ue, pianificazione e operazioni *(Omissis)*

Iraq

L'UE afferma che il suo obiettivo è un Iraq sicuro, stabile, unificato, prospero e democratico che fornisca un contributo positivo alla stabilità della regione; un Iraq che collabori in maniera costruttiva con i paesi vicini e con la comunità internazionale per far fronte alle sfide comuni. Concorde sul fatto che l'UE nel suo insieme dovrebbe operare in partenariato con il governo transitorio iracheno e il popolo iracheno al fine di realizzare tali obiettivi.

Alla luce di quanto precede il Consiglio europeo si attende il ripristino della sovranità irachena entro il 30 giugno 2004 e accoglie con favore la formazione, con l'aiuto delle Nazioni Unite, di un governo iracheno transitorio pienamente sovrano che assuma piena autorità da tale data, dalla fine dell'occupazione e dallo scioglimento dell'autorità provvisoria della coalizione.

(Omissis)

Processo di pace in Medio Oriente *(Omissis)*

UNA COSTITUZIONE PER L'EUROPA

Dipartimento per le politiche comunitarie - Raggiunto l'accordo per la Costituzione europea*

(Omissis)

Dopo due giorni di trattative, nella serata del 18 giugno è stato raggiunto un accordo – fra i Capi di Stato e di Governo dei 25 paesi membri dell'Unione – sul testo di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa.

Il documento si compone di circa 400 articoli e presenta alcune rilevanti differenze rispetto alla bozza prodotta dalla Convenzione circa un anno fa, riguardanti – ad esempio – la composizione della Commissione, i poteri del Parlamento europeo, il sistema di voto.

Nel Preambolo non sono state menzionate le radici cristiane; la Carta dei Diritti Fondamentali, inserita nel testo costituzionale, acquista valore giuridico vincolante.

La parola passa ora ai parlamenti nazionali, che dovranno ratificare il testo approvato¹.

(Omissis)

L'accordo raggiunto dai 25 Stati membri sul testo della Costituzione europea rappresenta un grande successo**

Nonostante le valutazioni critiche o negative di alcuni commentatori, è da ritenere che l'accordo conseguito a Bruxelles il 18 giugno scorso dai 25 Stati membri sul

* Notizia del 21 giugno 2004 pubblicata sul sito del Dipartimento per le politiche comunitarie www.politichecomunitarie.it.

¹ Il testo della Costituzione europea sarà firmato a Roma il 29 ottobre 2004 nello stesso palazzo e nella stessa sala in cui fu firmato il Trattato della Comunità europea nel 1957 (*n.d.r.*).

** Questo testo è pubblicato sul sito: www.lavoce.info. Chi ne condivide il contenuto può segnalarlo ad altre persone interessate.

testo del Trattato costituzionale, istitutivo dell'Unione europea, rappresenti un grande successo.

I commenti negativi, che hanno raggiunto l'opinione pubblica, sono per lo più espressi da politologi, sociologi o filosofi usi a considerare più importante l'attività dell'Unione europea in politica estera nei suoi rapporti con i Paesi che non ne fanno parte.

Questo è soltanto un aspetto, e non il più rilevante, dell'originale struttura istituzionale che è stata realizzata in mezzo secolo di integrazione europea.

A partire dal primo Trattato, quello della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, di oltre cinquant'anni fa, ogni successivo trattato, destinato ad istituire una nuova Comunità o ad ampliare i poteri e gli obiettivi di quelle già istituite, ha avuto i suoi critici, sempre solleciti a vaticinarne il fallimento o quanto meno l'irrilevanza dell'impatto.

Ogni volta le critiche si sono dimostrate infondate e spesso sono state clamorosamente smentite.

Alla base di tali critiche vi è sempre stata la delusa aspettativa di veder trasformata l'Unione europea in un'entità in grado di gestire in modo unitario i rapporti di politica estera con gli altri Paesi.

Ci si è dimenticati e ancora ci si dimentica che lo straordinario risultato raggiunto, grazie alla geniale intuizione di Jean Monnet, è stato quello di creare una struttura che consentisse, tramite una normativa vincolante, di gestire in modo unitario i rapporti tra gli stessi Stati membri, sotto il profilo economico, sociale, giuridico e alla fine, anche politico.

L'impatto di tale normativa è sotto agli occhi di tutti.

L'abolizione delle dogane, l'abbattimento degli ostacoli al commercio intra ed extra-comunitario, la competitività nel sistema bancario e in quello assicurativo, la trasparenza negli appalti pubblici, la disciplina della concorrenza, la soppressione dei monopoli, il controllo degli aiuti di Stato, la liberalizzazione dei trasporti e delle telecomunicazioni, l'armonizzazione fiscale e societaria, una completa integrazione monetaria, un'ampia normativa per la tutela dei consumatori, un'avanzatissima disciplina di protezione dell'ambiente etc.: tutto ciò è la conseguenza dell'applicazione di una serie impressionante di disposizioni comunitarie che, lentamente e silenziosamente, nell'arco di qualche decennio, hanno trasformato il contesto giuridico ed economico dell'Europa e soprattutto del nostro Paese.

La normativa che sta all'origine dei predetti cambiamenti è stata prevalentemente adottata sulla base di quel particolare meccanismo decisionale dell'Unione europea che, coinvolgendo le tre istituzioni più importanti (Parlamento europeo, Consiglio dei Ministri e Commissione) consente di ottenere accordi ragionevoli a tutela degli interessi della generalità dei cittadini, evitando il perpetuarsi dei conflitti unicamente dovuti agli scontri politici tra maggioranza e opposizione che vengono scatenati per mere ragioni di potere.

Nell'Unione europea, mancando un governo da far cadere e una maggioranza da sconfiggere, tutti i soggetti coinvolti nel processo decisionale finiscono per seguire quel criterio logico-razionale che John Rawls chiama «*dissenso ragionevole*».

L'esperienza ha dimostrato che il sistema decisionale comunitario funziona e permette di ottenere risultati eccezionali senza determinare insanabili lacerazioni fra

coloro che sostengono posizioni divergenti.

Questo sistema ha permesso di erodere gradatamente e progressivamente la sovranità degli Stati membri, trasformando l'Unione europea in una specie di Federazione in tutti i settori nei quali le decisioni devono essere adottate a maggioranza qualificata, e in una sorta di Confederazione nei settori nei quali le decisioni possono essere adottate soltanto all'unanimità.

Le decisioni di politica estera, per le quali i politologi, i sociologi e i filosofi mostrano specifico interesse, devono ancora essere adottate all'unanimità.

Si tratta quindi di passare da una votazione all'unanimità ad una votazione a maggioranza qualificata, magari con maggioranze diverse a seconda dell'importanza della materia sulla quale occorre decidere.

Ma noi sappiamo che lo sviluppo dell'integrazione europea è avvenuto proprio in questo modo nel corso dei suoi cinquant'anni di storia.

Negli anni Sessanta occorre l'unanimità persino per modificare i dazi doganali; oggi con la sola maggioranza qualificata è stato possibile eliminare i monopoli statali ritenuti indistruttibili.

Si arriverà quindi ad adottare le decisioni a maggioranza anche in politica estera. Sarà la forza delle cose che lo esigerà e lo imporrà a tutti gli Stati, perché è una soluzione ragionevole che va nel senso della storia².

E la storia stessa dell'Unione europea costituisce la prova formidabile dell'esattezza di una massima troppe volte dimenticata: *«gli uomini e le nazioni ricorrono a soluzioni ragionevoli dopo aver sperimentato ogni altro mezzo»*.

Fausto Capelli

² Per saperne di più: F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

ETICHETTATURA DEI PRODOTTI AGROALIMENTARI: ASPETTI PROBLEMATICI*

Sommario: *Introduzione - 1. Natura e funzione delle norme relative all'etichettatura dei prodotti alimentari - 2. L'oggetto della normativa comunitaria relativa all'etichettatura - 3. I principi generali applicabili all'etichettatura dei prodotti alimentari - 4. La disciplina comunitaria dei prodotti preconfezionati destinati al consumatore finale - 5. Segue: I principi generali contenuti nella direttiva n. 2000/13/Ce - 6. La giurisprudenza della Corte di giustizia d'interpretazione del principio della corretta e leale informazione del consumatore attraverso un'etichettatura che non induca in errore - 6.1 Il caso del prosciutto di spalla olandese - 6.2 Il caso della confettura di fragole "naturalmente pura" - 6.3 La vicenda dell'etichettatura dell'olio di oliva - 7. Le lacune della direttiva n. 2000/13 in materia d'indicazioni obbligatorie - 8. La vicenda della modifica della direttiva n. 2000/13/Ce per introdurre l'indicazione obbligatoria in etichetta degli allergeni - 9. Considerazioni conclusive a. Gli effetti della frammentazione della normativa sull'etichettatura, quanto alla base giuridica, sulla tutela del consumatore - 10. Segue: b. Ripensare alla ripartizione di competenze CE/Stati membri in vista di una maggiore cooperazione ai fini del miglioramento della tutela del consumatore e del suo diritto all'informazione - 11. Segue: c. Il ruolo del consumatore come soggetto attivo del mercato: accesso alle informazioni relative alla sicurezza alimentare e partecipazione stabile delle associazioni di categoria alla fase di elaborazione della normativa nazionale, europea ed internazionale.*

Introduzione

L'esigenza della tutela dei diritti del consumatore, in un mercato interno ormai avanzato anche se non ancora interamente compiuto, diventa oggetto di

* Il presente contributo costituisce una versione aggiornata ed ampliata della relazione, dallo stesso titolo, presentata dall'Autrice al XVII Congresso UAE sul tema «La sicurezza alimentare del consumatore europeo» svoltosi a Pescara dal 19 al 22 giugno 2003. Gli atti relativi sono pubblicati in progressione su più numeri della *Rivista di diritto agrario* di quest'anno.

sempre maggiore attenzione da parte del legislatore comunitario, a dimostrazione del fatto che, ormai, l'originale ordinamento giuridico cui hanno dato vita i trattati istitutivi si avvia verso il conseguimento di fini generali, che travalicano gli scopi originari di realizzare una mera integrazione economica tra gli Stati membri¹.

Ne è testimonianza concreta la soppressione del termine "economica" dal titolo del Trattato ora denominato CE, effettuata in occasione della revisione ai trattati originari (CE, CECA ed EURATOM) operata dal Trattato di Maastricht che, con l'istituzione dell'Unione europea, dava anche timidamente l'avvio a quella originale costruzione che aspira a transitare, in un futuro non certo immediato, verso forme di vero e proprio federalismo politico.

Secondo l'art. 2 CE, d'altronde, la realizzazione del mercato interno non rappresenta il fine ultimo bensì lo strumento, sia pure privilegiato e più importante, per il conseguimento degli scopi della CE, che non sono più solo d'integrazione economica, ma anche sociale, mirando a perseguire un livello sempre maggiore di benessere mediante l'innalzamento del tenore di vita.

Fino al 1992 non è possibile negare una certa preferenza, da parte del legislatore comunitario, affiancato dall'opera pretoria della Corte di giustizia, per gli interessi del mercato e perciò per le categorie dei produttori e dei commercianti: ciò si spiega con l'ovvia considerazione della necessità di realizzare il presupposto fondamentale della costruzione comunitaria, rappresentato appunto dal mercato unico².

¹ Per la tesi che nega, allo stato attuale dello sviluppo della costruzione europea, l'assimilabilità dell'ordine giuridico comunitario agli ordinamenti giuridici statali, in considerazione della funzionalizzazione dei diritti fondamentali alle esigenze della realizzazione del mercato interno, si rinvia alla lucida analisi di F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, Torino, Giappichelli, 2002 e ID., *Lo Stato democratico rappresentativo nel sistema globale. Spunti di riflessione*, in AA. VV. (a cura di S. LABRIOLA), *Ripensare lo Stato*, Atti del Convegno di Napoli, 22-23 marzo 2002, in *Quaderni della Rassegna Parlamentare*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 603 ss.

² Sulla realizzazione del mercato interno si vedano, per tutti, A. MATTERA, *Il Mercato Unico europeo*, Torino, Utet, 1990; G. MARENCO, *La giurisprudenza comunitaria sulle misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa (1984-1986)*, in A. TIZZANO (a cura di), *Problematiche di Diritto della Comunità europea*, Roma, Ed. de Il Foro italiano, 1992, p. 173 ss.; S. AMADEO, *Novità in tema di divieto di misure di effetto equivalente*, in questa *Rivista*, 1994, p. 671 ss.; F. CAPELLI, *I malintesi derivanti dalla sentenza sul Cassis de Dijon*, in questa *Rivista*, 1981, p. 566; ID., *I malintesi provocati dalla sentenza "Cassis de Dijon" vent'anni dopo*, in questa *Rivista*, 1996, p. 677 ss.; ID., *Le marché unique: «bienfaite ou contrainte»?*, in questa *Rivista*, 1997, p. 319; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, 3^a ed., p. 368 ss., specie p. 400 ss. Sull'applicazione del principio di libera circolazione delle merci e del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali ai prodotti alimentari: F. CAPELLI, *Libertà di circolazione delle merci nella Cee e legge tedesca di purezza della birra*, in questa *Rivista*, 1987, p. 736; F. CAPELLI, *"Yogourt francese e pasta italiana" (Due sentenze e una prospettiva di soluzione)*, in questa *Rivista*, 1988, p. 389; P. DEBOYSER, *Le marché unique des produits alimentaires*, *RMUE*, 1992, p. 63 ss.; L. GONZÁLES VAQUÉ, *La législation communautaire relative aux additifs alimentaires*, *RMUE*, 1993, p. 119 ss.; F. CAPELLI, *La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo*, in questa *Rivista*, 1993, p. 7 ss.; ID., *La pasta di grano duro prodotta in Italia piace a tutti tranne che ai giudici italiani*, in questa *Rivista*, 1999, p. 513; ID., *Perché bisogna produrre la pasta utilizzando unicamente il grano duro*, in questa *Rivista*, 2001, p. 414.

Dopo il 1992, a mercato interno ormai bene avviato e sulla via del compimento, la tutela dei diritti dei consumatori, con l'inserimento di un'apposita norma nel Trattato CE³, è diventata oggetto di maggiore attenzione, nell'ottica di uno sviluppo graduale del sistema verso la composizione degli interessi generali, cioè di tutti i soggetti, dell'ordinamento giuridico comunitario. La prova di quanto si afferma sta nel numero sempre crescente di atti comunitari di vario genere che sottolineano l'importanza di assicurare il fascio dei diritti di cui gode il consumatore europeo, che vanno dalla tutela della salute e della sicurezza fino a quella dei suoi interessi economici attraverso una informazione corretta che possa assicurare l'esercizio della libertà di scelta, fondamento di qualsiasi ordinamento giuridico democratico⁴.

A fronte di questa sempre più favorevole considerazione per gli interessi dei consumatori sta tuttavia il modo di evolversi, – frammentario, disordinato, talvolta incoerente, sicuramente sovrabbondante di norme –, della legislazione comunitaria nel settore della tutela dei consumatori⁵ e, soprattutto, in quello agroalimentare: modo di evolversi direttamente proporzionale alla complessità dei problemi, ogni giorno nuovi, che accompagnano l'attuale sviluppo della scienza e della tecnologia nel settore alimentare. La normativa "orizzon-

³ Ex art. 129A inserito dall'art. G, par. 38 del TUE, ora, con la rinumerazione e le modifiche del Trattato di Amsterdam, art. 153, immutato dal Trattato di Nizza.

⁴ Ricordiamo: la Risoluzione del Consiglio del 5 aprile 1993 relativa ad una futura azione in materia di etichettatura dei prodotti nell'interesse dei consumatori, in *Guce* n. C 110 del 20 aprile 1993; la Comunicazione della Commissione sulla salute dei consumatori e la sicurezza alimentare, Com(97) 183 def., non pubblicata; le Conclusioni del Consiglio europeo di Lussemburgo del 12-13 dicembre 1997 sulla tutela dei consumatori; il Libro Verde della Commissione sui principi generali della legislazione in materia alimentare nell'UE (Com(97)176 def.); la Decisione n. 283/1999/Ce del PE e del Consiglio, del 25 gennaio 1999, che istituisce un quadro generale delle attività comunitarie a favore dei consumatori, in *Guce* n. L 34 del 9 febbraio 1999; La Risoluzione del Consiglio del 28 giugno 1999 sulla politica comunitaria dei consumatori (periodo 1999-2001), in *Guce* n. C 206 del 21 luglio 1999, p. 1; il Libro Bianco della Commissione sulla sicurezza alimentare del 12 gennaio 2000 (COM/1999/719 def.); il Piano d'azione della Commissione in materia di politica dei consumatori 1999-2001; il Libro Verde sulla protezione dei consumatori nell'Unione europea del 2 ottobre 2001 (Com(2001)531, non pubblicato in *Guce*, sui problemi di tutela e di adeguamento dei consumatori alle nuove prassi commerciali come il commercio elettronico; il Seguito dato al Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'UE, Com(2002)289 def. dell'11 giugno 2002.

⁵ Ci si riferisce qui al consumatore in generale come fruitore di qualsiasi bene o servizio, e non specificamente di quello che usa prodotti alimentari. Il *Seguito del Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'UE* riconosce la necessità di una riforma della legislazione europea relativa alla tutela dei consumatori, rinviando al *Libro verde* che: «(...) enuncia come idea centrale che la frammentazione delle regole europee e nazionali in materia di tutela dei consumatori impedisce il buon funzionamento del mercato interno per le operazioni commerciali tra imprese e consumatori (...)» (p. 3). Il *Libro Verde* indica infatti come uno degli obiettivi da realizzare quello dell'armonizzazione o della semplificazione delle norme in materia di protezione dei consumatori, ritenendo eccessivamente complesso mantenere in vigore le attuali 20 direttive, la relativa interpretazione da parte della Corte di giustizia e le diverse normative degli Stati membri. Tra gli strumenti ipotizzati c'è l'adozione di una direttiva-quadro, che, tra l'altro, dovrebbe individuare le categorie di prassi sleali che riducono la fiducia dei consumatori nelle attività delle imprese. Tra gli elementi da tenere in conto per l'individuazione di queste prassi, il documento citato suggerisce (p. 9) il divieto per le imprese ad impegnarsi in prassi commerciali che siano ingannevoli o suscettibili di trarre in inganno il consumatore e l'obbligo di divulgare al consumatore tutte le informazioni significative che siano suscettibili d'influenzare la sua decisione.

tale" e "verticale" relativa ai prodotti agroalimentari segue affannosamente questi sviluppi ma non sempre ne guadagna in coerenza e chiarezza: si pensi soltanto all'enorme numero di atti adottati in attuazione della politica agricola comune (d'ora in poi: PAC) e relativi alle sostanze consentite, ad esempio, negli alimenti per animali, o ai problemi che pone l'utilizzazione, nei cibi e nei mangimi, degli organismi geneticamente modificati (d'ora in poi: OGM). All'incertezza scientifica e tecnologica si accompagna perciò anche una ... incertezza giuridica: una sostanza fino a ieri considerata innocua si può scoprire oggi pericolosa per la salute e sorge la necessità di aggiornare tempestivamente la legislazione vietandone il commercio e la produzione o modificando le indicazioni obbligatorie in etichetta⁶.

Infine, si rifletta sul fatto che la natura tecnica delle normative, soprattutto di quelle relative ai requisiti di composizione e salubrità dei prodotti alimentari, ha spesso consentito l'adozione di atti normativi direttamente da parte della Commissione e dei comitati di gestione delle singole organizzazioni comuni di mercato (d'ora in poi: OCM), con grave nocumento, a parere di chi scrive, per una corretta considerazione degli interessi del consumatore.

⁶ Il sistema comunitario prevede una disciplina generale di gestione e controllo dei rischi derivanti dall'uso delle sostanze nell'alimentazione: si vedano i regolamenti Cee n. 793 del 23 marzo 1993, relativo alla valutazione e controllo dei rischi presentati dalle sostanze esistenti (in *Guce* n. L 84 del 5 aprile 1993, p. 1) e n. 1488 del 28 giugno 1994 che prevede i principi per la valutazione dei rischi per l'uomo e per l'ambiente delle sostanze esistenti, a norma del regolamento Cee n. 793/1993 del Consiglio (in *Guce* n. L 161 del 29 giugno 1994, p. 1). L'art. 14 del primo regolamento contempla un sistema di aggiornamento degli elenchi delle sostanze da monitorare, che figurano in una serie di allegati, attribuendone la competenza alla Commissione con procedura semplificata di comitologia. Significativa, poi, è la normativa tecnica relativa alle sostanze vietate nella composizione dei mangimi composti per animali d'allevamento: gli elenchi di sostanze proibite o tollerate entro certi limiti vengono regolarmente riesaminati ed aggiornati, e non è raro che in base a nuove conoscenze scientifiche si aggiungano a tali elenchi sostanze fino ad allora permesse. A titolo di esempio, tra gli atti più recenti, si ricordano: l'art. 8 della direttiva n. 2002/32/Ce del 7 maggio 2002 relativa alle sostanze indesiderabili nell'alimentazione degli animali (in *Guce* n. L 140 del 30 maggio 2002) e gli artt. 12 e 13 del regolamento n. 1831/2003 del 22 settembre 2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, sugli additivi destinati all'alimentazione animale (in *Gu-Ue* n. L 268 del 18 ottobre 2003, p. 29-43). Si veda anche la Relazione della Commissione sulla fattibilità di un elenco positivo di materie prime per mangimi (Com(2003)0178 def.), dove l'istituzione ha messo in evidenza le difficoltà insite in un'operazione del genere, data l'attuale esistenza di più di 600 materie prime per mangimi, pronunciandosi piuttosto per il mantenimento dell'attuale sistema basato sulla predisposizione di elenchi negativi di sostanze vietate o tollerate entro limiti prestabiliti, elenchi che la Commissione prepara e riesamina, aggiungendo e togliendo sostanze in funzione delle nuove conoscenze tecnologiche e scientifiche, utilizzando la procedura di comitologia, particolarmente adatta in quanto flessibile e rapida. Norme che permettono alla Commissione, sempre con la stessa procedura semplificata, di riesaminare la normativa tecnica in materia alimentare sono poi contenute in molti atti di armonizzazione relativi al settore, tra i quali ricordiamo l'art. 12 del regolamento Cee n. 258 del 27 gennaio 1997 sui nuovi prodotti e nuovi ingredienti alimentari (in *Guce* n. L 43 del 14 febbraio 1997) e la recente modifica alla direttiva n. 2000/13/Ce sull'etichettatura dei prodotti alimentari (direttiva n. 2003/89/Ce del PE e del Consiglio del 10 novembre 2003, che modifica la direttiva 2000/13/Ce per quanto riguarda l'indicazione degli ingredienti contenuti nei prodotti alimentari, pubblicata in *Gu-Ue* n. L 308 del 25 novembre 2003, p. 15-18). Quest'ultima inserisce il principio dell'indicazione obbligatoria di tutte le sostanze allergeniche in etichetta, e prevede espressamente che l'elenco delle sostanze da indicare sia aggiornato ogni volta che l'Autorità europea di sicurezza alimentare, a fronte di nuove scoperte scientifiche, dia parere favorevole (par. 11 della direttiva n. 2000/13 introdotto dall'art. 1 lett. f. della direttiva 2003/89/Ce di modifica).

La strategia di approccio globale messa in atto dalla Commissione con il *Libro bianco sulla sicurezza alimentare* e la conseguente adozione del regolamento n. 178/2002 e l'istituzione dell'*Autorità europea per la sicurezza alimentare* da una parte⁷, e con il *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'UE* ed il suo *Seguito* dall'altra⁸, rispondono precisamente al bisogno di coordinamento, semplificazione e maggiore coerenza della ormai vastissima legislazione che, in modo diretto o indiretto, riguarda l'alimentazione.

Quello che ormai diversi autori considerano una vera e propria branca del diritto, quella agroalimentare⁹, assume, con l'entrata in vigore del predetto regolamento, connotazioni transnazionali, ben potendo parlarsi, per l'importanza del fenomeno, della predisposizione di una vera e propria *politica comune della sicurezza alimentare*, con principi suoi propri, ad iniziare da quello di precauzione, ufficialmente inserito per la prima volta nel diritto comunitario positivo proprio dall'art. 7 del regolamento n. 178/2002 e dal riconoscimento dei diritti fondamentali del consumatore.

Ciò che occorre domandarsi, a questo punto, è se quella che si è designata come la politica comune agroalimentare possa coesistere con la politica agricola comune (d'ora in poi PAC), nelle attuali condizioni in cui l'attività normativa settoriale, relativa ai prodotti agroalimentari, utilizza come basi giuridiche ora le norme preposte alla realizzazione del mercato interno (soprattutto l'art. 95 CE come completato dai nuovi artt. 152 e 153 CE), ora quelle che invece disciplinano la PAC, soprattutto per disciplinare le OCM dei singoli prodotti.

Nel presente lavoro si cercherà di mettere in evidenza i profili problematici che già oggi caratterizzano i rapporti tra le diverse competenze legislative comunitarie relative ai prodotti alimentari, analizzandoli a partire dal punto di vista della normativa comunitaria relativa all'etichettatura, per verificare se la diversità di basi giuridiche, e la stessa diversità di atti relativi ad uno stesso prodotto o sostanza, incida negativamente sulla tutela dei diritti fondamentali del consumatore alla salute e ad una corretta ed adeguata informazione.

Sembra poi importante stabilire quale ruolo gli Stati membri potranno svolgere, nel rispetto del diritto comunitario e soprattutto dei suoi principi ge-

⁷ Regolamento n. 178/2002 del 28 gennaio 2002 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai principi generali e requisiti del diritto alimentare, che istituisce un'Autorità Alimentare Europea e procedure in materia di sicurezza alimentare, in *Guce*, n. L 31 del 1° febbraio 2002. Il regolamento è stato oggetto di commento, in dottrina, da parte di F. CAPELLI, *Qualità e sicurezza dei prodotti agroalimentari nell'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 2002, p. 873-885, anche sotto il profilo del suo impatto sull'ordinamento giuridico italiano, e più precisamente sulla ripartizione di competenze tra Stato e Regioni alla luce della modifica dell'art. 117 Cost.

⁸ *Supra*, nota 5.

⁹ G. GALLONI, *Teoria generale del diritto agroalimentare*, in ROOK BASILE - MASSART - GERMANÒ (a cura di), *Prodotti agricoli e sicurezza alimentare*, Atti del VII Congresso mondiale di diritto agrario dell'UMAU, Pisa-Siena, 5-9 novembre 2002, Milano, Giuffrè, 2003, p. 11 ss.; e ID., *Teoria generale del diritto agroalimentare*, in *Riv. dir. agrario*, 2003, p. 5.

nerali, in presenza di lacune o inerzie delle istituzioni, allo scopo di non lasciare il consumatore alla mercé di prodotti poco sicuri, come nel caso della mancata (fino a tempi recentissimi) etichettatura del vino per avvisare i soggetti allergici circa la presenza di solfiti; o alla mercé di prodotti diversi dalle aspettative e tali perciò da indurlo in inganno, come la vicenda dell'etichettatura dell'olio d'oliva dimostra¹⁰.

Infine, occorre chiedersi se la CE promuova il potenziamento del ruolo che il consumatore europeo, come individuo portatore di diritti fondamentali, può svolgere nel processo decisionale relativo al settore agroalimentare.

1. Natura e funzione delle norme relative all'etichettatura dei prodotti alimentari

La necessità di armonizzazione delle norme internazionali in materia di etichettatura deriva dal fatto che singole leggi nazionali, che prescrivano ad esempio l'obbligo di etichettatura solo nella lingua del Paese d'importazione, o che richiedano più in generale indicazioni obbligatorie diverse, possono costituire senz'altro *ostacoli tecnici agli scambi* e restringere il commercio internazionale e comunitario.

Nel diritto del commercio, sia internazionale (sistema GATT/OMC), che comunitario, le norme relative all'etichettatura in generale sono perciò considerate *regole tecniche*, potenzialmente ricomprensibili nell'ampia categoria costituita dai cosiddetti *ostacoli tecnici agli scambi*, quelle misure cioè, che, soprattutto se adottate unilateralmente dai singoli Stati e non armonizzate, sono suscettibili di intralciare la libera circolazione delle merci¹¹. Questo è vero

¹⁰ Vedi *infra*, par. 6.3.

¹¹ La disciplina internazionale degli ostacoli tecnici agli scambi è attualmente oggetto di uno specifico accordo (TBT, acronimo inglese di *Technical Barriers to Trade*), che fa parte, - assieme ad altri tra i quali il GATT 1994 e l'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS dall'acronimo inglese di *Sanitary and Phyto Sanitary*) -, del primo Allegato all'accordo istitutivo dell'OMC. Per i testi in italiano dei vari accordi: G. VENTURINI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, Giuffrè, 2000 (con scritti di G. ADINOLFI, C. DORDI, A. LUPONE, oltre che dell'A.). L'accordo TBT è stato invocato, nella giurisprudenza recente dell'OMC, nel caso *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Venezuela e Brasile ricorrenti*, *Panel Report* del 29 gennaio 1996 (WT/DS2/R) e nel relativo giudizio di appello *Venezuela and Brazil (Appellees) e EC and Norway (Third Participants)*, *Report of the Appellate Body* del 29 aprile 1996, (WT/DS2/AB/R); e nel caso *European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing products*, *Panel Report* del 18 settembre 2000 (WT/DS135/R) e, nel secondo grado dello stesso caso, sul quale v. *Report of the Appellate Body* AB-2000-1 del 12 marzo 2001 (WT/DS135/AB/R). In entrambe i casi, per motivi diversi, l'accordo TBT non è stato applicato. Per i problemi sollevati dai due casi si rinvia, per tutti, a P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2002, *passim*. Per un commento alla sentenza *Amianto* si rinvia a F. FRANCONI, *Il contenzioso CE-Canada sull'amianto*, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno organizzato dall'Università di Siena con il patrocinio AIGE (Associazione Italiana Giuristi Europei) sul tema «Organizzazione Mondiale del Commercio e Comunità Europea», Siena, 22-23 giugno 2001. Tutti i documenti OMC citati sono consultabili in rete, nel sito ufficiale www.wto.org. Per ciò che riguarda il diritto comunitario, ci limitiamo a segnalare, data

soprattutto se ci si pone dal punto di vista di chi offre prodotti sul mercato, ossia degli operatori commerciali (distributori, importatori, esportatori, commercianti in genere) e dei produttori: nell'ottica, dunque, del principio di libertà di circolazione delle merci.

Al contrario, l'etichettatura diventa invece misura legittima, che riesce a contemperare le esigenze del mercato con quelle dei consumatori, garantendo al contempo la circolazione dei prodotti e la concreta attuazione del diritto all'informazione sulle loro caratteristiche, qualora ci si ponga dal punto di vista del consumatore. Essa assume allora la natura di strumento del corretto esercizio della libertà del consumatore di effettuare una scelta consapevole, e conforme alle proprie abitudini, credenze religiose, usanze culturali, condizioni fisiche di salute, nell'ottica del rispetto, perciò, dei diritti fondamentali della persona.

Tuttavia, le posizioni contrapposte sulla natura dell'etichettatura – quale ostacolo agli scambi o quale misura ideale per contemperare opposte esigenze –, sono difficili da superare, soprattutto nell'ottica dei rapporti tra il sistema comunitario d'integrazione del mercato e quello di liberalizzazione del commercio internazionale, che fa capo all'OMC/GATT.

Pur coscienti del fatto che il diritto comunitario presenta ancora lacune sotto il profilo di una corretta informazione del consumatore¹², tuttavia è innegabile la diversa percezione della natura dell'etichettatura, – considerata tuttora come un vero e proprio *ostacolo tecnico agli scambi* –, propria del sistema OMC, rispetto a quella propria dell'UE, che invece ne sta sempre di più facendo uno strumento privilegiato di contemperamento degli opposti interessi dei soggetti attivi che operano nel mercato europeo.

Prova ne sia la diversità di approccio della CE e dell'OMC nell'affrontare la controversa questione della pretesa CE di ammettere nel proprio territorio solo prodotti contenenti o derivati da OGM che indichino questa circostanza in etichetta. Tale pretesa, oggi tradotta in legge con l'adozione della direttiva n. 2001/18/Ce, è contestata sia in seno al Comitato per gli ostacoli tecnici agli scambi¹³, che davanti all'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, da Stati Uniti ed altri Paesi con legislazioni meno stringenti, i quali fanno prevalere i timori relativi ad un calo della commercializzazione dei prodotti, che

la vasta letteratura, oltre alle indicazioni bibliografiche contenute *supra*, nota 4, lo specifico ed approfondito lavoro di E. CORTESE PINTO, *Ostacoli non tariffari agli scambi nel diritto comunitario*, Milano, Franco Angeli, 1985. Per ciò che attiene alla giurisprudenza della Corte di giustizia, anch'essa decisamente copiosa, ricordiamo tra le altre, per la sua specifica rilevanza *ratione materiae*, la sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 16 novembre 2000 in causa n. C-217/99, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10251, con nota di G. DI PLINIO, *Controlli di carta e diritto alla salute. La Corte smantella la regulation belga in materia di etichettatura di prodotti alimentari «arricchiti di sostanze nutritive»*, in *Dir. pubbl. comp eur.*, 2001, p. 432.

¹² Come chiariremo più avanti, nelle nostre considerazioni conclusive.

¹³ Istituito dall'art. 13 dell'omonimo accordo annesso al Trattato istitutivo OMC.

potrebbe derivare, secondo loro, dall'obbligo d'indicare in etichetta la presenza di OGM, sulle esigenze di una corretta e completa informazione a favore di chi quei prodotti deve utilizzare¹⁴.

Si pensi, ancora, alla tuttora irrisolta controversia relativa alla «carne agli ormoni» che ha visto la condanna della CE, con il corollario di ingentissimi costi economici a titolo di sanzioni pecuniarie, sempre davanti agli organi di risoluzione delle controversie dell'OMC, per aver negato l'importazione di carni dagli Stati Uniti ed altri Paesi, motivando il diniego in base al principio di precauzione. Dopo la condanna in appello, la CE proponeva a tali Stati un compromesso, promettendo di togliere il divieto d'importazione a patto che si fosse provveduto ad etichettare la carne in modo da informare il consumatore circa il processo produttivo che consentiva l'utilizzo di certi ormoni. A fronte del diniego statunitense, la CE ha preferito affrontare l'applicazione di ingenti sanzioni commerciali e mantenere il divieto¹⁵.

Per contemperare le diverse esigenze dei commercianti/produttori e del consumatore, la giurisprudenza internazionale (*panels* del GATT e organi di risoluzione delle controversie dell'OMC) da una parte, e quella comunitaria dall'altra, hanno da tempo elaborato i principi in base ai quali valutare la legit-

¹⁴ Cfr. ad esempio la comunicazione del Canada al Comitato TBT/OMC, con la quale quel Paese si dice preoccupato per la crescente tendenza di molti Membri ad imporre requisiti di etichettatura obbligatori per gli alimenti derivati da biotecnologie, in quanto misure: «... which go beyond a scientifically-based food safety objective ...» (G/TBT/W/134 Add. 1 del 3 ottobre 2001; doc. 01-4745). Si veda anche il libro-denuncia, molto ben documentato, di WALLACH - SFORZA, *WTO – Tutto quello che non vi hanno mai detto sul commercio globale*, Milano, Feltrinelli, 2000, specie Capitolo 3, 1° paragrafo dal titolo: «Benché gli effetti sulla salute e sull'ambiente siano sempre più dimostrati, gli USA sostengono che le limitazioni al commercio e l'etichettatura degli OGM costituiscono un'infrazione alle regole del WTO», p. 92 ss.

A p. 100, in particolare, si riporta la minaccia USA di ricorso al WTO in vista dell'adozione, da parte dell'UE, di una nuova normativa più stringente anche in fatto di etichettatura, sugli OGM, poi effettivamente adottata con direttiva n. 2001/18/Ce: per gli estremi di quest'ultima e della successiva normativa di attuazione v. *infra*, nota 18. A livello di WTO sono per ora tre i Paesi (Canada, Stati Uniti ed Argentina) che hanno avviato consultazioni con l'Unione europea a causa della moratoria che continua ad impedire la circolazione degli alimenti contenenti OGM in territorio comunitario e delle misure nazionali restrittive delle importazioni di prodotti a base di OGM (le richieste risalgono, rispettivamente, al 20 maggio 2003 per il Canada e gli Stati Uniti ed al 21 maggio 2003 per l'Argentina). Non avendo trovato un atteggiamento disponibile da parte dell'UE, che anzi, come si è appena detto, ha varato diversi atti di attuazione della direttiva, i tre Stati hanno constatato l'esito negativo delle consultazioni ed avviato la procedura di risoluzione delle controversie davanti al DSB e nell'agosto 2003 sono stati costituiti tre *panels*: v. WT/DS/292 (*Canada c. UE*); WT/DS/291 (*Stati Uniti c. UE*) e WT/DS/293 (*Argentina c. UE*). L'adozione del regolamento sull'etichettatura e la rintracciabilità degli OGM, unitamente alla recente sentenza della Corte di giustizia delle Ce del 9 settembre 2003 in causa n. C-236/01, *Monsanto Agricoltura S.p.A. ed altri c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, con le conclusioni dell'Avvocato Generale S. Alber, avente ad oggetto una richiesta di rinvio pregiudiziale del giudice amministrativo italiano, con cui la Corte ha riconosciuto il diritto degli Stati membri di vietare la commercializzazione di prodotti transgenici, produrranno senz'altro un inasprimento delle controversie davanti agli organi OMC.

¹⁵ WTO doc. WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R EC "Measures Concerning Meat and Meat Product (Hormones)" Report of the Appellate Body del 16 gennaio 1998. In dottrina si rinvia, sul caso, a M. WYNTER, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, in P. MENGOZZI (a cura di), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 471 ss., p. 523.

timità delle regole tecniche, tra le quali rientrano quelle sull'etichettatura dei prodotti alimentari.

Risulta così che, per entrambe i sistemi, occorre fare riferimento ai seguenti principi generali:

- *carattere non discriminatorio della misura*, principio in base al quale si presumono lecite le misure indistintamente applicabili ai prodotti interni ed a quelli importati fino a prova contraria, fino a quando cioè non si dimostri la natura protezionistica della misura;

- *necessità* della misura sotto il profilo della tutela della salute dell'uomo, degli animali e dei vegetali, quindi anche dell'ambiente;

- *proporzionalità*, intesa come idoneità della misura a conseguire l'obiettivo che si propone con il minimo impatto possibile sulla libertà di circolazione delle merci;

- *precauzione*, intesa come scelta consapevole di tolleranza zero o minima nella gestione di determinati rischi, non comprovati scientificamente, circa gli effetti di certi prodotti o sostanze sulla salute dell'uomo, delle piante o degli animali.

Gli stessi principi reggono la disciplina delle misure nazionali adottate in deroga al principio di libera circolazione e disciplinate, nel sistema GATT/OMC, rispettivamente dall'*accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi* (Accordo TBT) e da quello relativo alle *misure sanitarie e fitosanitarie* (accordo SPS).

Sul piano del diritto comunitario invece questi criteri sono ormai considerati veri e propri principi informatori dell'ordinamento giuridico, soprattutto, per il settore agroalimentare, dopo l'adozione del regolamento n. 178/2002, alla luce dei quali valutare non solo le misure adottate dai singoli Stati membri, ma anche dalle istituzioni nella realizzazione del mercato interno.

In ragione, tuttavia, della diversa struttura e della diversa valenza e finalità delle regole che informano i due sistemi, è facile constatare come gli stessi principi vengano interpretati ed applicati in modo assolutamente diverso, con risultati che spesso vedono sacrificati, soprattutto nel sistema GATT/OMC, gli interessi dei consumatori portatori di valori e diritti anche non economici.

Per parte nostra, pensiamo che l'etichettatura, specie quella relativa ai prodotti alimentari, lungi dal costituire un *ostacolo tecnico agli scambi*, sia al contrario lo strumento privilegiato per contemperare gli opposti interessi di produttori/commercianti/importatori/ da un lato, e consumatori dall'altro. Siamo perciò dell'idea che l'etichettatura debba svolgere la funzione di informare in modo leale, veritiero, completo e comprensibile il consumatore circa le caratteristiche dei prodotti e, se del caso, anche dei processi produttivi utilizzati per l'ottenimento del prodotto finito¹⁶. Le relative misure, se conformi ai principi

¹⁶ La possibilità di applicare le norme relative al commercio internazionale, soprattutto quelle che consentono deroghe agli Stati dettate da motivazioni diverse dalle esigenze di mercato, ai processi produttivi e non soltanto al prodotto finito, è oggetto di uno dei più accesi dibattiti da parte

sopra enunciati, non possono e non debbono essere considerate come ostacoli agli scambi, ma piuttosto strumenti idonei allo sviluppo di un mercato "sostenibile" in quanto retto da regole giuridiche (e non semplicemente tecniche) che mettano in primo piano la persona umana ed i suoi diritti fondamentali.

2. L'oggetto della normativa comunitaria relativa all'etichettatura

La normativa comunitaria disciplina l'etichettatura della maggior parte dei prodotti e delle sostanze destinate all'alimentazione, come *i prodotti confezionati destinati al consumatore finale*, *i prodotti particolari come quelli dietetici e gli integratori alimentari*, oggetto di specifica normativa anche ma non solo sull'etichettatura, *i prodotti destinati a stadi intermedi di lavorazione o consumo*, oggetto in larga parte di direttive di settore, che riguardano in particolare:

- gli additivi, i coloranti, i conservanti
- gli aromi e i solventi
- i presidi sanitari (pesticidi, diserbanti).

della dottrina e della giurisprudenza internazionali. Il problema consiste nel chiedersi se gli Stati possano adottare misure nazionali derogatorie del principio di libera circolazione delle merci e dei suoi corollari, primo tra tutti quello che vieta restrizioni quantitative all'importazione e misure di effetto equivalente, per impedire l'ingresso di prodotti ottenuti con processi produttivi contrari alla salvaguardia dell'ambiente perché inquinanti, o in violazione di diritti fondamentali, perché ottenuti con il lavoro forzato o comunque in condizioni di grave sfruttamento dei lavoratori. Il dibattito dottrinale è ben illustrato da P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit. supra, nota 11, Capitolo VI, Sezione V, 2, p. 322-325 (e p. 355 per l'ampia bibliografia), dove si dà conto anche dell'evoluzione giurisprudenziale del sistema, inizialmente chiuso alla possibilità di applicare l'art. XX del Gatt 1947, relativo alle *Eccezioni generali*, anche ai processi produttivi, (salvo la lett. e. relativa alle restrizioni all'importazione di prodotti frutto di lavoro forzato); e successivamente (specie ma non solo dopo l'istituzione dell'OMC e l'instaurazione di un nuovo sistema obbligatorio di risoluzione delle controversie), maggiormente aperto ad ammettere restrizioni statali al commercio dovute a motivazioni relative al tipo di processo produttivo utilizzato. Secondo gli Autori sul tale evoluzione ha influito il fatto che nel nuovo sistema GATT/OMC le deroghe statali sono disciplinate da specifici accordi (SPS e TBT), che ammettono espressamente la possibilità di estendere tali misure ai processi produttivi (v. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *loc. cit.*, p. 325), anche se limitatamente al caso in cui essi influiscano sul prodotto finito, come l'utilizzo di ormoni nell'alimentazione dei bovini d'allevamento, che secondo alcuni potrebbero ripercuotersi negativamente sulla salubrità della carne da essi ottenuta e destinata all'alimentazione umana. Questo significa pertanto che restano tuttora fuorilegge quelle misure statali, soprattutto in campo ambientale, che non hanno alcun impatto negativo sul prodotto finito: si pensi alla notissima disputa sui *"Tonni messicani"* (v. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *loc. ult. cit.*, p. 324-325 anche per gli estremi dei due casi, discussi rispettivamente nel 1991 e nel 1994), che vide opporsi il Messico alla misura statunitense di embargo del tonno in scatola proveniente da quello Stato, giustificata da motivi di protezione dei delfini, specie protetta in quanto a rischio di estinzione. Il sistema comunitario risulta più aperto alla tutela di interessi non economici quali l'ambiente, la salute ed i diritti umani, in quanto la realizzazione del mercato interno e, quindi, l'applicazione del principio di libera circolazione delle merci, si conseguono attraverso misure a livello comunitario di armonizzazione positiva che devono essere adottate nel rispetto di un elevato livello di tutela di tali valori (artt. 95, 152 e 153 CE). Questo comporta, da un lato, che in tale ordinamento c'è una maggiore attenzione per i processi produttivi; dall'altro però, ciò causa punti di frizione con l'ordinamento GATT/OMC, come dimostrano i casi *"Carne agli ormoni"* e *"Normativa UE di etichettatura degli OGM"*.

Il diritto comunitario disciplina inoltre l'immissione in commercio e l'etichettatura degli *organismi geneticamente modificati*¹⁷ e dei cosiddetti *nuovi cibi*¹⁸.

¹⁷ La disciplina comunitaria relativa agli OGM risulta piuttosto complessa. Limitandoci a quella relativa all'etichettatura, essa, quasi inesistente fino agli anni Novanta, è stata varata con atti di vario genere e frammentari, che ora andavano ad integrare la normativa orizzontale in materia di etichettatura dei prodotti alimentari; ora riguardavano gli OGM in quanto tali o prodotti alimentari che ne contenessero o da essi derivati. Il primo atto "orizzontale" adottato in materia è la direttiva n. 90/220 del 23 aprile 1990 sull'emissione deliberata nell'ambiente di OGM, che non prevedeva tuttavia una disciplina organica della materia, applicandosi solo agli OGM destinati a fini commerciali, senza prevedere un sistema di etichettatura e senza coprire i prodotti derivati da OGM ma che non li contengono. In considerazione dei problemi appena esposti, nel tempo la direttiva n. 90/220 è stata affiancata da ulteriori norme CE "verticali", attinenti cioè a specifici aspetti dell'uso di OGM nei prodotti alimentari. Nel 1997 è stato adottato il regolamento n. 258/1997 sui nuovi prodotti e nuovi ingredienti alimentari (v. nota successiva), che colma le lacune relative alla mancata disciplina di prodotti derivanti ma non contenenti OGM ed alla mancata disciplina dell'etichettatura, limitata però ai prodotti ed ingredienti e non estesa agli OGM in quanto tali. Per assolvere gli obblighi di corretta ed adeguata informazione al consumatore le istituzioni hanno adottato, per colmare questa ulteriore lacuna, il regolamento del Consiglio n. 1139/98 del 26 maggio 1998, in *Guce* n. L 159 del 3 giugno 1998, che impone l'obbligo di indicare in etichetta di alcuni prodotti derivati interamente o parzialmente da semi di soia o granturco geneticamente modificati la presenza di OGM o la derivazione da OGM e di specificare che tali prodotti presentano caratteristiche di composizione e nutrizionali diverse da quelle dei corrispondenti prodotti convenzionali. Una deroga a questo regolamento, introdotta dal successivo regolamento n. 49/2000 del 10 gennaio 2000, in *Guce* n. L 6 dell'11 gennaio 2000, permette di evitare l'indicazione in etichetta di presenza di OGM accidentale se tale presenza è inferiore all'1% del prodotto. La lacuna relativa alla mancata previsione di obblighi in materia di etichettatura di prodotti alimentari contenenti additivi o aromi ottenuta con l'impiego di OGM è stata colmata dal regolamento n. 50/2000 del 10 gennaio 2000, in *Guce* n. L 6 dell'11 gennaio 2000. L'art. 6, par. 6 della direttiva n. 2000/13 (ex art. 6, par. 5, lett. b. della direttiva n. 79/112) ha perciò subito importanti modifiche ad opera di tali atti. La necessità inderogabile di una nuova direttiva orizzontale che assicurasse una disciplina completa della materia è stata riconosciuta dalle istituzioni CE che hanno messo a punto una nuova direttiva, la n. 2001/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2001 sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva n. 90/220/Cee del Consiglio, in *Guce* n. L 106 del 17 aprile 2001, che ha abrogato la n. 90/220. Il nuovo atto, che accoglie il principio precauzionale, risponde maggiormente alle esigenze di sicurezza alimentare e ambientale e ad una corretta informazione del consumatore, poiché attua una disciplina più completa, applicandosi agli OGM destinati a tutti gli usi, non solo commerciali; apporta miglioramenti al sistema di autorizzazione; impone rigide procedure di etichettatura e controllo che seguono l'immissione deliberata sul mercato dell'OGM durante tutte le fasi di vita del prodotto, dalla sua creazione, produzione, lavorazione, sino alla sua commercializzazione all'ingrosso ed al dettaglio, garantendone così la *rintracciabilità*. La direttiva è stata successivamente modificata ed integrata da altri atti, tra i quali ricordiamo i regolamenti n. 1829/2003/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 settembre 2003 relativo agli alimenti ed ai mangimi geneticamente modificati ed il regolamento n. 1830/2003 del PE e del Consiglio, del 22 settembre 2003, sulla tracciabilità e l'etichettatura di OGM e la tracciabilità di alimenti e mangimi ottenuti da OGM, nonché recante modifica della direttiva n. 2001/18/Ce, entrambe in *Gu-Ue* n. L 268 del 18 ottobre 2003. La Comunità partecipa inoltre, sul piano internazionale, al Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza, (annesso alla Convenzione di Rio sulla biodiversità del 1992), che disciplina i movimenti transfrontalieri di OGM ad esclusione di quelli che non riguardano gli alimenti e dei prodotti farmaceutici: si vedano la decisione del Consiglio del 25 giugno 2002 relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza ed il successivo regolamento di attuazione del PE e del Consiglio n. 1946/2003 del 15 luglio 2003 sui movimenti transfrontalieri degli OGM.

¹⁸ Regolamento Cee n. 258 del 27 gennaio 1997 sui nuovi prodotti e nuovi ingredienti alimentari, in *Guce* n. L 43 del 14 febbraio 1997. L'art. 1, par. 2, definisce la nozione di nuovi prodotti e ingredienti, elencandone i diversi gruppi nelle lettere da a. a f. Ossia si tratta di alimenti e sostanze che contengono, sono costituiti o derivano da OGM (lett. a e b); prodotti e ingredienti alimentari con una struttura molecolare primaria nuova o volutamente modificata (lett. c); prodotti alimentari o ingredienti costituiti o isolati a partire da microorganismi, funghi o alghe (lett. d); prodotti ali-

I prodotti agricoli, sempre più oggetto di trasformazione e lavorazione industriale, oltre che commercializzati in quanto tali allo stato sfuso, sono in linea di principio disciplinati in tutti i loro aspetti in base alle normative di settore adottate dal Consiglio e dalla Commissione nel contesto della PAC, e più specificamente all'interno della regolamentazione delle OCM dei singoli prodotti. Talvolta si utilizzano tuttavia basi giuridiche diverse, che attengono alla realizzazione del mercato interno ed al diritto d'informazione del consumatore. Una normativa specifica, relativa a tutti gli aspetti e non solo all'etichettatura, esiste poi per i prodotti biologici e biodinamici.

Per le parti non regolamentate dal diritto comunitario, l'etichettatura degli ortofruttili venduti in quanto tali è disciplinata dalle singole normative nazionali o è lasciata alla volontà del singolo commerciante, mentre, se tali prodotti costituiscono oggetto di trasformazione industriale, l'indicazione della loro presenza nel prodotto alimentare finito preconfezionato segue in linea di principio le regole della direttiva "orizzontale" di codificazione in materia di etichettatura, salvo normative specifiche.

I prodotti sfusi o preincartati sono previsti dalla direttiva n. 2000/13/Ce ma solo in quanto oggetto di un obbligo di risultato di garanzia dell'informazione al consumatore. Sono però le leggi degli Stati a provvedere in concreto alla disciplina della materia.

3. I principi generali applicabili all'etichettatura dei prodotti alimentari

La normativa comunitaria in materia s'ispira in larga parte alle raccomandazioni elaborate dalla Commissione del *Codex Alimentarius* raccolte nel "*Codex General Standard for the Labelling of Prepackaged Foods*", documento adottato nel 1981 nel corso della sua 14° sessione; revisionato nel 1985 e nel 1991 nel corso della 16° e della 19° sessione e modificato nel 1999 durante la 23° sessione della Commissione del *Codex* FAO/OMS¹⁹.

Gli *standard* elaborati dalla Commissione del *Codex*, anche se non vincolanti, sono recepiti nelle legislazioni nazionali di molti Stati del mondo, e costituiscono la base anche della normativa comunitaria in materia di igiene dei cibi e della loro etichettatura. Ciò comporta il duplice effetto di rendere le rac-

mentari o ingredienti costituiti da vegetali o isolati a partire da vegetali e ingredienti alimentari isolati a partire da animali (lett. e); infine, prodotti alimentari o ingredienti sottoposti ad un processo di produzione non generalmente utilizzato, per i quali tale processo comporti nella composizione o nella struttura dei prodotti o degli ingredienti alimentari cambiamenti significativi del valore nutritivo, del loro metabolismo o del tenore di sostanze indesiderabili (lett. f). L'etichettatura di tali nuovi cibi è disciplinata dall'art. 8 del regolamento.

¹⁹ La documentazione relativa ai lavori della Commissione del *Codex Alimentarius*, come gli *standard*, le *guideline*, i rapporti dei vari gruppi di lavoro etc. sono visibili sul sito ufficiale della FAO: www.fao.org.

comandazioni vincolanti e di raggiungere una sempre maggiore armonizzazione delle norme nazionali, con effetti positivi sul commercio internazionale²⁰.

Gli *standard* FAO/OMS in materia di etichettatura hanno una sfera d'applicazione limitata, riguardando soltanto i prodotti alimentari preconfezionati, (ad esclusione quindi dei prodotti sfusi o preincartati), che siano destinati al consumatore finale o a collettività. Sono perciò esclusi i prodotti non destinati al consumatore finale, oggetto di diversa disciplina specifica. Tuttavia i *principi generali* elaborati in questa sede possono ritenersi applicabili in via generale, dato che sostanzialmente mirano a garantire la corretta informazione del consumatore, vietando di usare modalità di etichettatura tali da indurre in errore l'acquirente circa ogni aspetto o caratteristica del prodotto alimentare, comprese quelle indicazioni che si riferiscano a proprietà curative o alla salute in generale.

Il par. 4 riguarda le *indicazioni che obbligatoriamente* debbono figurare in etichetta:

1. denominazione di vendita;
2. elenco degli ingredienti;
3. peso netto e sgocciolato;
4. nome ed indirizzo del fabbricante, confezionatore, distributore, importatore o venditore;
5. Paese d'origine del prodotto alimentare;
6. Lotto d'identificazione;
7. Data di vendita e istruzioni di conservazione (immagazzinaggio);
8. Istruzioni per l'uso.

Il subparagrapho 4.2.1.4. stabilisce un principio fondamentale di corretta informazione, raccomandando di indicare *sempre* in etichetta, e di escludere quindi dal regime delle esenzioni, quelle sostanze che possono causare ipersensibilità, cosiddette allergeniche, che possono consistere in alimenti veri e propri come uova, latte o pomodori, o sostanze in essi contenute, oppure in sostanze aggiunte volontariamente come alcuni additivi quali i solfiti, utilizzati come conservanti nei vini e nella birra.

Il par. 5 riguarda le indicazioni obbligatorie aggizionali:

9. etichettatura della quantità di ingredienti;
10. cibi irradiati.

Il par. 7, nella prima parte, si occupa della presentazione delle informazioni obbligatorie²¹, mentre nella seconda parte detta i principi relativi all'*uso*

²⁰ Sul punto ci permettiamo di rinviare al nostro lavoro *Libera circolazione delle merci nei sistemi CE e GATT/WTO e sicurezza alimentare: il ruolo dell'armonizzazione*, in *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, Napoli, Jovene, 2002, vol. II, p. 1105 ss.

²¹ Il par. 7 (prima parte) detta in materia regole generali quali: l'obbligo di applicare le etichette nei prodotti preconfezionati in modo che non risultino separati dal contenitore; l'obbligo di indicare i requisiti obbligatori in modo chiaro, leggibile, indelebile; in caso di involucri, l'obbligo di non oscurare le indicazioni sul contenitore con l'involucro o l'obbligo di indicare sull'involucro le infor-

delle lingue nell'etichettatura, indispensabili ai fini di una informazione comprensibile dal consumatore, nei termini che seguono:

1. se non è accettabile il linguaggio dell'etichetta originale rispetto al consumatore cui il prodotto è destinato, c'è l'obbligo di rietichettare in linguaggio comprensibile o di utilizzare, in alternativa, accanto al linguaggio originale, una etichetta supplementare contenente le indicazioni obbligatorie nel linguaggio richiesto;

2. l'obbligo di rispettare perfettamente le indicazioni contenute nell'etichetta originale, al momento della rietichettatura o della preparazione dell'etichetta supplementare.

4. La disciplina comunitaria dei prodotti preconfezionati destinati al consumatore finale

La Comunità ha iniziato la sua attività di armonizzazione in materia di etichettatura con l'adozione della direttiva del Consiglio n. 79/112 del 18 dicembre 1978, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità²².

Questa direttiva è stata oggetto, nel tempo, di numerose modificazioni ed integrazioni, anche sostanziali²³.

mazioni obbligatorie, a meno che l'involucro non consenta una lettura immediata delle informazioni contenute sul contenitore; l'obbligo di indicare la denominazione di vendita ed il peso netto nello stesso campo visivo ed in posizione evidente.

²² *Guce* n. L 33 dell'8 febbraio 1979, p. 1-14.

²³ Oltre alle modifiche al suo art. 6, par. 6, derivanti dall'esigenza di avvisare i consumatori della presenza di OGM, di cui si è già detto *supra*, nota 17, si ricordano, in particolare:

- la direttiva n. 89/395 che allarga la sfera d'applicazione della direttiva di base alle collettività (mense, ristoranti); introduce la data di scadenza per i prodotti alimentari deteriorabili; e l'obbligo d'indicare in etichetta che il prodotto ha subito un trattamento autorizzato con radiazioni ionizzanti;

- la direttiva n. 97/4/Ce che introduce l'indicazione obbligatoria degli ingredienti di cui si compone il prodotto alimentare (*Quid*) e riformula la norma relativa all'uso delle lingue nelle etichette;

- la direttiva n. 1999/10/Ce della Commissione che introduce deroghe alle disposizioni di cui all'art. 7 della direttiva n. 79/112 del Consiglio (nella versione modificata dalla direttiva n. 97/4/Ce che introduce il QUID), in considerazione della necessità di evitare sovrapposizioni di informazioni e confusioni al consumatore, dovute al fatto che in alcuni casi gli ingredienti di un prodotto alimentare debbono figurare due volte nell'etichetta – nel QUID e nel riquadro nutrizionale – e che le relative quantità possono essere espresse in modi diversi (in percentuale ai fini del QUID e in milligrammi ai fini delle informazioni obbligatorie nutrizionali).

In Italia questa complessa normativa ha dato luogo all'emanazione di atti di adattamento di varia natura, ed in particolare al dlgo n. 109 del 27 gennaio 1992 di attuazione delle direttive n. 89/395/Cee e n. 89/396/Cee concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari. Con dlgo n. 68/2000 del 25 febbraio 2000 si dava attuazione alla direttiva n. 97/4/Ce. Il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato ha adottato, il 31 marzo 2000, la circolare n. 165, intitolata «Linee guida relative al principio della dichiarazione della quantità degli ingredienti (art. 8 del dlgo n. 109/1992) nonché ulteriori informazioni per la corretta applicazione delle disposizioni riguardanti l'etichettatura dei prodotti alimentari». Con dlgo n. 259/2000 del 10 agosto 2000 si dà attuazione della direttiva n. 1999/10/Ce.

La materia dell'etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari è stata oggetto, ultimamente, di codificazione, proprio in considerazione delle difficoltà interpretative cui dava luogo il susseguirsi della normativa sopra richiamata. Il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno così adottato, il 20 marzo 2000, la direttiva n. 2000/13/Ce²⁴.

La direttiva n. 2000/13/Ce costituisce lo strumento generale "*orizzontale*" di disciplina dell'etichettatura dei prodotti alimentari preconfezionati.

Essa stabilisce, al suo art. 1, la sua sfera d'applicazione, limitata, come già accennato, all'etichettatura dei prodotti alimentari preconfezionati destinati al consumatore finale (non definito) o a collettività (la cui definizione si ricava dall'art. 1, par. 2: ospedali, ristoranti, mense ed altre collettività analoghe).

Quanto alla sfera d'applicazione territoriale, la direttiva non si applica in relazione ai prodotti destinati all'esportazione verso territori di Stati non membri CE²⁵; essa nulla dispone invece, come le precedenti, in relazione ai prodotti importati da Paesi *extra*-comunitari. Si deve tuttavia ritenere che, anche alla luce dell'art. 11 del regolamento n. 178/2002²⁶, qualora si tratti di Stati membri dell'Organizzazione mondiale del Commercio (OMC), si applichino le disposizioni dell'*accordo sugli ostacoli tecnici al commercio* (TBT) e, soprattutto, quelle contenute nell'*accordo relativo alle misure sanitarie e fitosanitarie* (SPS). Queste ultime consentono a tutti i membri, e quindi anche alla Comunità, (anch'essa membro), di pretendere misure di etichettatura che permettano al prodotto *extra*-comunitario di fare ingresso nel territorio di ognuno degli altri Stati membri nel rispetto del diritto d'informazione dei consumatori. Per l'etichettatura dei prodotti alimentari, si presumono conformi alle regole SPS le normative dei membri, comprese perciò anche quelle adottate dalla Comunità, che siano conformi agli *standard* di etichettatura *del Codex Alimentarius FAO/OMS*²⁷. Questo significa, riteniamo, che la Comunità è tenuta, in quanto parte contraente di tali accordi, ad ammettere l'ingresso di pro-

²⁴ In *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29-42, utilizzando come base giuridica l'art. 95 TCE (ex art. 100 A), ed entrata in vigore, ai sensi del suo art. 27, il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione, ossia il 26 maggio 2000. In Italia la direttiva è stata recepita con il dlgs n. 181 del 23 giugno 2003: «Attuazione della direttiva 2000/13/Ce concernente l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità». I testi della direttiva e del suo decreto di attuazione, in lingua italiana, possono leggersi anche in S. MAGLIA - M. MEDUGNO - M. DALLAVALLE, *Il nuovo codice degli alimenti*, Piacenza, La Tribuna, 2003, rispettivamente, p. 544-556 e p. 1993-1997.

²⁵ Art. 23 della direttiva.

²⁶ Il quale apre la Sezione 3 dedicata agli obblighi generali del commercio alimentare, con il titolo «Alimenti e mangimi importati nella Comunità e dispone: «(...) Gli alimenti e i mangimi importati nella Comunità per esservi immessi sul mercato devono rispettare le pertinenti disposizioni della legislazione alimentare o le condizioni riconosciute almeno equivalenti dalla Comunità o, quando tra la Comunità e il Paese esportatore esiste un accordo specifico, le disposizioni ivi contenute (...)».

²⁷ In base all'art. 3, par. 2, dell'Accordo SPS: «Le misure sanitarie o fitosanitarie conformi alle norme, direttive o raccomandazioni internazionali si ritengono necessarie per assicurare la tutela della vita o della salute dell'uomo, degli animali e dei vegetali e si presumono compatibili con le pertinenti disposizioni del presente accordo e del GATT 1994».

dotti di Stati terzi che soddisfino i requisiti degli accordi SPS e TBT, a meno che il sistema UE/CE, più garantista dei valori non economici ed in ossequio del principio di precauzione, non ritenga di dover adottare misure più severe rispetto a quelle del *Codex* (o in assenza di *standard* da quest'ultimo elaborati)²⁸. In casi del genere, come si è visto, si realizza una frizione tra i due ordinamenti che va risolta utilizzando i meccanismi di risoluzione delle controversie che i due sistemi e, più in generale, il diritto internazionale, mettono a disposizione delle Parti²⁹.

In caso di Stati non membri del sistema OMC/GATT, e, più in generale, in assenza di obblighi convenzionali specifici bi o multilaterali, siamo dell'avviso che la CE e gli Stati membri possano pretendere nei confronti degli Stati terzi (non CE), *sia* l'applicazione degli *standard* di etichettatura raccomandati dal *Codex Alimentarius*, in quanto misure considerate legittime e proporzionate all'obiettivo di informazione dei consumatori, *sia* la conformità dell'etichettatura alla disciplina in vigore nella CE.

5. Segue: I principi generali contenuti nella direttiva n. 2000/13/Ce

La disciplina comunitaria, come si è detto, s'ispira largamente agli *standard* raccomandati dal *Codex* in materia di etichettatura, ad iniziare proprio dai principi generali.

L'art. 2 della direttiva n. 2000/13/Ce stabilisce, riprendendo il sistema usato dal *Codex Alimentarius FAO/OMS*, i principi generali in materia di etichettatura, vietando in particolare che quest'ultima o le sue modalità di realizzazione siano tali da:

- indurre in errore l'acquirente;
 - attribuire al prodotto alimentare proprietà curative, salvo acque minerali e prodotti dietetici,
- estendendo questi divieti anche alla presentazione dei prodotti ed alla pubblicità.

²⁸ Ciò è consentito dall'accordo SPS ma entro limiti molto ristretti, come risulta dal combinato disposto degli artt. 3, par. 3, e 5, par. 7. Il primo riconosce ai Membri la possibilità di introdurre o mantenere misure sanitarie o fitosanitarie più severe «qualora esista una giustificazione scientifica o in funzione del livello di protezione sanitaria o fitosanitaria che essi considerano appropriato» (*corsivo aggiunto*), condizionandone però l'attuazione all'esigenza di rispetto delle disposizioni dell'art. 5, par. da 1 a 8. L'art. 5, par. 7, che disciplina i casi in cui non vi sono certezze scientifiche circa la pericolosità di un prodotto, ammette la possibilità per i Membri di ricorrere al principio di precauzione per impedire la circolazione di certe sostanze, ma soltanto come *misure temporanee*. Nel caso "*Carne agli ormoni*" la CE perse la causa davanti all'organo di appello dell'OMC anche perché si rifiutò di riconoscere il carattere temporaneo delle direttive "*Ormoni*".

²⁹ Poiché il sistema GATT/OMC possiede un meccanismo obbligatorio di risoluzione delle controversie commerciali tra i suoi Membri è ovvio che le dispute siano discusse in seno ad esso, come dimostrano i casi "*Carne agli ormoni*" e, adesso, "*Normativa UE di etichettatura degli OGM*", citati nelle pagine che precedono.

Tali principi sono stati oggetto d'interpretazione da parte della Corte di giustizia, che ha contribuito non poco a chiarirne i contenuti.

Trattandosi di un atto di codificazione, molte disposizioni della direttiva n. 2000/13 restano identiche a quelle della n. 79/112, di modo che risulta possibile utilizzare la giurisprudenza d'interpretazione di quest'ultima per meglio illustrare la nuova disciplina.

6. La giurisprudenza della Corte di giustizia d'interpretazione del principio della corretta e leale informazione del consumatore attraverso un'etichettatura che non induca in errore

6.1 Il caso del prosciutto di spalla olandese

Il primo principio enucleato dall'art. 2, relativo alla necessità che l'etichetta non induca in errore l'acquirente, è stato oggetto di esame da parte della Corte di giustizia, in una sentenza del 1999³⁰, dove si è chiarito che contrasta con il divieto di usare etichette che inducano in errore il consumatore sancito dall'art. 2 della direttiva n. 79/112, l'uso di una denominazione di vendita quale «prosciutto di spalla olandese» quando il prodotto in commercio non è composto di un unico pezzo, come sembrerebbe dall'indicazione in etichetta, ma da più pezzi di spalla sagomati³¹.

6.2 Il caso della confettura di fragole "naturalmente pura"

In un'altra occasione³², la Corte di giustizia ha interpretato in modo perlomeno originale l'espressione «indicazioni tali da indurre in errore l'acquirente» ai sensi dell'art. 2, par. 1 della direttiva n. 79/112 (norma inalterata nella direttiva n. 2000/13), in risposta ad una domanda pregiudiziale di un tribunale tedesco, che aveva sollevato la questione di sapere se l'indicazione del termine «naturale», – in una etichetta di una confettura di fragole di alta qualità –, potesse ritenersi conforme all'art. 2, par. 1, dato che il prodotto conteneva additivi e residui di piombo, cadmio e pesticidi, sia pure in minima quantità.

Il procedimento principale, sorto in Germania, era stato attivato contro una società austriaca che distribuiva questo prodotto in quest'ultimo Paese, e verteva sulla non conformità di questa indicazione con la legge tedesca sugli alimenti (LMBG), che vieta la possibilità d'indicare in etichetta «naturale», quando il prodotto contiene additivi (pectina) o residui di pesticidi o antipa-

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia (Prima Sezione) del 9 febbraio 1999 in causa n. C-393/97, *Procedimento penale a carico di Arnoldus van der Laan*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 731.

³¹ Par. 43 della sentenza.

³² Sentenza della Corte di giustizia (Prima Sezione) del 4 aprile 2000 in causa n. C-465/98, *Darbo*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2297 ss.

rassitari (art. 17 LMBG), in quanto si tratterebbe di etichettatura ingannevole per il consumatore, applicabile anche ai prodotti importati.

La Corte ha stabilito che la pectina è indicata in etichetta e tale circostanza esclude che quest'ultima possa trarre in inganno il consumatore³³.

Per quanto riguarda i residui di pesticidi, piombo e cadmio, questi non sono considerati "ingredienti" ai sensi dell'art. 6, n. 4, lett. *a*. della direttiva n. 79/112 (inalterato dalla direttiva di codificazione) e quindi, secondo la Corte, essi non dovevano essere indicati in etichetta³⁴.

In ogni caso la Corte ha proseguito l'indagine per verificare sostanzialmente se la loro presenza, – contestuale all'indicazione «naturale» presente in etichetta – potesse indurre in inganno il consumatore ignaro, concludendo negativamente in ragione del bassissimo tenore di tali residui nel prodotto, molto al di sotto dei limiti stabiliti dalla normativa CE³⁵.

La dottrina si è giustamente pronunciata criticamente sulle conclusioni raggiunte dalla Corte, sotto il profilo del diritto ad una corretta informazione che non induca in errore l'acquirente³⁶.

A ciò, si aggiunga il carattere incompleto dell'informazione, sotto l'aspetto ben più rilevante della tutela della salute, poiché la Corte aveva sì approfondito l'indagine, ma aveva poi concluso per l'innocuità della marmellata. Ora, la mancata indicazione della presenza accidentale, anche minima, di certe sostanze può costituire un problema di salute nei soggetti che soffrono di ipersensibilità o di allergie o intolleranze, per cui non possiamo sottoscrivere la conclusione cui giunge la Corte, anche sotto l'aspetto del diritto del consumatore alla tutela della salute attraverso una corretta etichettatura³⁷.

6.3 *La vicenda dell'etichettatura dell'olio di oliva*

Più di recente vale la pena di segnalare la nota vicenda relativa all'etichettatura dell'olio di oliva, che tanto interesse e tante perplessità ha suscitato nei consumatori, una volta scoperto che l'indicazione della provenienza o il marchio degli olii di oliva extravergine e vergine si riferiva al luogo dove il prodotto era stato ottenuto, e non al luogo di origine della materia prima, le olive.

L'Italia, Stato di origine di olii di oliva di alta qualità, per proteggere questa immagine aveva notificato alla Commissione, in base ad una direttiva (n. 83/89 più volte modificata) relativa all'istituzione di una procedura d'informa-

³³ Par. 22-23 della sentenza.

³⁴ Par. 24 della sentenza.

³⁵ Par. 30-33 della sentenza.

³⁶ L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, Cedam, 2002, p. 243 e L. GRADONI, *Una marmellata contaminata dichiarata "naturalmente pura" non trae in inganno il consumatore*, in *Riv. dir. agrario*, 2001, II, p. 40 ss.

³⁷ Sul punto v. *infra*, par. 7.

zione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, l'intenzione di adottare una normativa tecnica obbligatoria che imponesse d'indicare in etichetta il luogo di origine delle olive. La Commissione aveva richiesto all'Italia, in base alle norme della direttiva (art. 9, n. 3), di rinviare di un certo periodo (fino al 14 settembre 1999) l'adozione della misura nazionale, poiché stava studiando la possibilità di adottare una normativa armonizzata in materia. Il Governo italiano decideva invece di adottare comunque, prima della scadenza del termine indicato dalla Commissione, la legge n. 313 del 3 agosto 1998 «recante disposizioni in materia di etichettatura d'origine dell'olio extravergine di oliva, dell'olio di oliva vergine e dell'olio di oliva»³⁸ che, all'art. 1 prevede che gli olii considerati possano essere commercializzati indicando in etichetta che sono stati «prodotti» o «fabbricati» in Italia soltanto se l'intero ciclo di raccolta delle olive, produzione, lavorazione e condizionamento, si è svolto in Italia. La norma prosegue disponendo che l'etichettatura dell'olio prodotto in Italia, in tutto o in parte, con olii originari di altri paesi, deve menzionare questo fatto, indicando le percentuali interessate nonché il Paese o i Paesi di provenienza.

La Commissione aveva minacciato il nostro Governo che, nelle more tra la firma della legge da parte del presidente della Repubblica e la sua pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale*, se quest'ultima circostanza si fosse verificata, essa avrebbe provveduto a convenire l'Italia davanti alla Corte di giustizia per farne constatare l'inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE (ex art. 169).

Il mese successivo all'entrata in vigore della legge italiana sull'etichettatura una società multinazionale, la Unilever, consegnava alla Central Food, su ordine di quest'ultima, una partita d'olio d'oliva, che però veniva rifiutata poiché etichettata in modo non conforme alla nuova normativa italiana. L'acquirente perciò rifiutava di pagare il prezzo e comunicava al venditore che la partita d'olio era stata immagazzinata ai fini del suo ritiro da parte di quest'ultimo. La Unilever a quel punto, ritenendo che l'olio fosse etichettato in modo conforme al diritto comunitario e che la legislazione italiana ne costituisse invece una violazione e perciò non fosse applicabile, decideva di rivolgersi al giudice nazionale per ottenere il pagamento della fornitura.

Il giudice italiano sollevava una questione pregiudiziale chiedendo alla Corte di stabilire se la legge italiana potesse essere disapplicata in quanto non conforme alla normativa comunitaria, poiché era stata adottata prima del termine richiesto dalla Commissione e previsto dall'art. 9, par. 3, della direttiva n. 83/89.

³⁸ In *Guri* n. 201 del 29 agosto 1998.

La Corte, con una pronuncia³⁹ considerata importante anche per altri fini⁴⁰, interpretava quest'ultima disposizione attribuendo al giudice nazionale il potere di disapplicare una normativa interna non conforme al diritto comunitario, nonostante le contrarie conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs⁴¹.

La Commissione procedeva quindi ad adottare una normativa sull'etichettatura dell'olio d'oliva con regolamento n. 2815/98 del 22 dicembre 1998 che prevedeva un sistema di etichettatura dell'origine delle olive solo *facoltativo* e solo relativamente agli olii extravergini e vergini, ad esclusione quindi di quelli d'oliva. Inoltre non si poteva indicare in etichetta l'origine di olii d'oliva di sansa e di quelli non vergini. L'Italia attivava una procedura davanti alla Corte per far annullare il regolamento appena citato ma il ricorso veniva respinto⁴².

Successivamente la Commissione ha adottato il regolamento n. 1019/2002⁴³, relativo alle norme di commercializzazione dell'olio di oliva, che, secondo quanto afferma dottrina qualificata: «(...) non è particolarmente innovativo rispetto al precedente del 1998 (...)»⁴⁴, poiché mantiene altresì la sfera materiale d'applicazione ai soli oli vergini escludendone gli altri olii d'oliva ma, soprattutto, mantiene il sistema facoltativo di etichettatura dell'origine delle olive ritenendo per il momento impossibile imporre un sistema obbligatorio, pure auspicabile come obiettivo a tutela di una corretta informazione del consumatore «in mancanza di un sistema di tracciabilità e di controlli su tutti i quantitativi di olio in circolazione»⁴⁵.

In dottrina ci si è pure interrogati sull'utilità, ai fini di una corretta informazione del consumatore, di un'indicazione dell'origine delle olive riferita unicamente allo Stato, limitando la possibilità d'indicare la specifica zona geografica di raccolta solo al regolamento che disciplina le DOP e le IGP⁴⁶:

³⁹ Sentenza della Corte del 26 settembre 2000 in causa n. C-443/98, *Unilever Italia SpA c. Central Food SpA*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7535 ss. Cfr. F. CAPELLI, *Lo Stato non può modificare le disposizioni nazionali in materia di etichettatura senza la preventiva autorizzazione della Commissione europea*, in questa *Rivista*, 2001, p. 61 ss.

⁴⁰ Per la sostanziale anche se non formale attribuzione, da parte della Corte, di effetti diretti "orizzontali" alle direttive, utilizzando il principio dell'obbligo del giudice nazionale d'interpretare il diritto interno in modo conforme a quello comunitario: v. sul punto, per tutti, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 6^a ed., 2002, p. 335, dove si parla di effetti diretti orizzontali "recuperati" dalla Corte attraverso il principio ricordato.

⁴¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale F. G. Jacobs presentate il 27 gennaio 2000, in *Raccolta*, 2000, sentenza *cit. supra*, nota 39.

⁴² Sulla vicenda si rinvia all'esauritivo commento di L. COSTATO, *Ancora sulle etichette dell'olio d'oliva*, in *Riv. dir. agrario*, 2002, p. 806 ss.

⁴³ Regolamento n. 1019/2002/Ce della Commissione, del 13 giugno 2002, relativo alle norme di commercializzazione dell'olio di oliva, in *Guce* n. L 155 del 14 giugno 2002, p. 27-31.

⁴⁴ L. COSTATO, *Ancora sulle etichette dell'olio d'oliva*, *loc. cit.*, p. 810.

⁴⁵ Quarto *considerando* del preambolo al regolamento n. 1019/2002.

⁴⁶ Le denominazioni di origine protetta (DOP) e le indicazioni geografiche protette (IGP) sono disciplinate dal regolamento Cee n. 2081 del 14 luglio 1992 «Protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari», in *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, e successive integrazioni e modificazioni.

«(...) se si vogliono tutelare i consumatori ed informarli "sulla tipologia degli olii offerti" che potrebbe essere differente "a motivo degli usi agricoli o delle pratiche locali di estrazione", che senso ha fare riferimento ad uno Stato? (...)»⁴⁷.

Questo vale soprattutto, per l'A., se il luogo della raccolta delle olive e quello di estrazione dell'olio, pur avvenendo tutto all'interno di uno stesso Stato, si realizza in luoghi diversi poiché in tal caso sarebbe auspicabile informarne il consumatore:

«(...) se le locuzioni "usi" e "pratiche locali di estrazione o di taglio" hanno un senso, indicare una origine italiana degli olii tratti da olive italiane o spremute in Italia non significa informare esaurientemente il consumatore ma solo confonderlo, poiché italiano è l'olio del Garda, della Toscana, della Puglia e della Calabria, pur potendo ciascuno di essi essere diverso, in funzione delle annate, del clima degli "usi" ecc. (...)»⁴⁸.

Per ulteriori riflessioni sulla vicenda si rinvia alle considerazioni conclusive, par. 10, lett. *b*.

7. Le lacune della direttiva n. 2000/13 in materia d'indicazioni obbligatorie

La direttiva n. 2000/13/Ce fissa, nel suo art. 3, l'elenco delle *indicazioni obbligatorie*, ricalcando in sostanza le raccomandazioni del *Codex FAO/OMS*, ad esclusione della raccomandazione di cui al *subparagrafo 4.2.1.4.*⁴⁹, che, come si è già ricordato, riguarda l'indicazione in etichetta di quelle sostanze che possono causare allergie, e la loro esclusione dal regime delle esenzioni.

Va ricordato che l'indicazione della quantità degli ingredienti (QUID), che nel *Codex FAO/OMS* figura quale indicazione obbligatoria addizionale⁵⁰, è di recente introduzione nel diritto comunitario⁵¹.

Le principali lacune della normativa sull'etichettatura, già presenti nella vecchia direttiva e rimasti irrisolti nel nuovo atto di codificazione, riguardano i seguenti aspetti e disposizioni:

- l'art. 6, par. 4, che definisce la nozione di *ingredienti*, nella lett. *c*. non considera ingredienti le sostanze, come additivi e coadiuvanti tecnologici, che

⁴⁷ L. COSTATO, *Ancora sulle etichette dell'olio d'oliva*, cit. *supra*, nota 42.

⁴⁸ *Id.*, loc. cit., p. 812.

⁴⁹ Riportato *supra*, par. 3.

⁵⁰ *Supra*, par. 3. Subito dopo l'adozione del QUID si posero problemi di coordinamento con la normativa comunitaria sull'etichettatura nutrizionale, che portarono all'adozione della direttiva n. 1999/10/Ce: sulla questione v. quanto diciamo *supra*, nota 21.

⁵¹ Direttiva n. 97/4 che modifica la direttiva n. 79/112, cit. *supra*, nota 22.

non svolgono più alcuna funzione nel prodotto finito⁵², mentre la loro presenza, anche residua, dovrebbe sempre essere indicata, potendo provocare reazioni allergiche o comunque problemi di salute⁵³;

- il combinato disposto tra l'art. 6, par. 4, lett. *b.*, che impone d'indicare gli ingredienti di un ingrediente composto, e il successivo par. 8, lett. *a.*, che esenta dall'indicazione obbligatoria in etichetta l'elenco degli ingredienti di un ingrediente composto, quando quest'ultimo rappresenti meno del 25% del prodotto finito (con l'eccezione degli additivi che vanno sempre indicati e salvo quanto dispone il par. 4, lett. *c.*, già citato): anche in questo caso sarebbe auspicabile escludere dall'esenzione quelle sostanze che possono provocare allergie o intolleranze;

- l'assenza, più in generale, di disposizioni in materia di indicazioni obbligatorie della presenza di sostanze allergeniche, siano esse ingredienti o additivi ed indipendentemente dal fatto che svolgano o meno una funzione, nel prodotto finito, e questo tanto nel caso che tali ingredienti o sostanze siano stati volontariamente inseriti nel processo di lavorazione dell'alimento, quanto nel caso in cui la loro presenza sia accidentale⁵⁴.

La principale lacuna sembra tuttavia costituita dall'omissione dell'obbligo d'indicare la presenza di sostanze allergeniche nei cibi: per diciotto anni si è discusso senza risultati circa l'etichettatura del vino, ai fini dell'indicazione della presenza di solfiti, sostanze allergeniche che possono provocare non so-

⁵² L'art. 6, par. 4, lett. *c.* dispone infatti che non sono considerati ingredienti:

«i. i componenti di un ingrediente che, durante il processo di fabbricazione, siano stati temporaneamente tolti per esservi immessi successivamente in quantità non superiore al tenore iniziale;

ii. gli additivi:

- la cui presenza nel prodotto alimentare è dovuta unicamente al fatto che erano contenuti in uno o più ingredienti di detto prodotto, purché essi non svolgano più alcuna funzione nel prodotto finito;

- che sono utilizzati come ausiliari tecnologici;

iii. le sostanze utilizzate, nelle dosi strettamente necessarie, come solventi o supporti per gli additivi e gli aromi».

⁵³ Nel caso "*Confettura di fragole*" (*supra*, par. 6.2.), è stato riconosciuto che, per quanto riguarda i residui di pesticidi, piombo e cadmio, questi non sono considerati "ingredienti" ai sensi dell'art. 6, n. 4, lett. *a.* della direttiva n. 79/112, (inalterato nella sostanza dalla nuova normativa) e quindi non dovevano essere indicati in etichetta. In quel caso tuttavia la presenza delle sostanze indesiderabili era "accidentale". In relazione alla necessità o meno d'indicare la presenza di *coadiuvanti tecnologici* nell'etichetta di un prodotto alimentare, la Corte di giustizia, nella sua sentenza del 28 settembre 1994 in causa n. C-144/93, *Puré Pfanny*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4605 ss. con nota di A. GRATANI, *Non tutti gli additivi alimentari devono essere menzionati sull'etichetta: il caso dei cosiddetti «coadiuvanti tecnologici»*, in questa *Rivista*, 1995, p. 169-171, su richiesta di rinvio pregiudiziale di un tribunale tedesco, ha chiarito che l'art. 6, par. 4, lett. *c.*, punto *ii.* (della vecchia direttiva n. 79/112, sostanzialmente corrispondente al nuovo art. 6, par. 4, lett. *c.*, punto *ii.*, della direttiva n. 2000/13 sopra citato, va interpretato nel senso che non è obbligatorio indicare in etichetta la presenza di un additivo che impedisce l'alterazione della colorazione di un ingrediente nel corso della sua fabbricazione quando tale additivo non svolga più alcuna funzione tecnologica nel prodotto finito (par. 18-19 della sentenza).

⁵⁴ V. in proposito i commenti critici della dottrina alla sentenza della Corte nel caso *Darbo* "*Confettura di fragole*", già ricordati *supra*, nota 36 e, più di recente, F. CAPELLI, *Presenza accidentale di Ogm negli alimenti e obblighi di etichettatura anche alla luce del principio di precauzione*, in questa *Rivista*, 2003, p. 361.

lo gravi forme allergiche ma, in soggetti intolleranti, anche serie malattie all'apparato digerente ed intestinale. Allo stesso modo, la normativa di settore dei prodotti della pesca (OCM in ambito PAC) non prevede l'obbligo dell'indicazione in etichetta della presenza dei solfiti nei crostacei, anche se per esempio sui banchi del pesce in Italia la presenza di E 223 è segnalata, anche se a titolo facoltativo⁵⁵. Questa situazione è ora risolta, a favore dell'obbligatorietà dell'informazione, dall'adozione della direttiva "allergeni" di cui parleremo nel prossimo paragrafo.

Sembra infine discutibile il fatto di restringere la sfera d'applicazione oggettiva della direttiva orizzontale sull'etichettatura ai soli prodotti alimentari preconfezionati, per di più in concorrenza con le singole normative di quelli, tra i prodotti preconfezionati, soggetti alle OCM della PAC, ed alla legislazione sulla protezione delle denominazioni di origine e le indicazioni geografiche⁵⁶.

Invece, ci trova d'accordo la scelta del legislatore comunitario di distinguere ed etichettare specificamente i prodotti alimentari destinati a fini speciali come quelli per l'infanzia o dietetici e gli integratori ed i prodotti di erboristeria.

Non ci si può infine non interrogare criticamente sulla scelta della base giuridica della direttiva n. 2000/13, costituita dal solo art. 95 CE, senza l'aggiunta dell'art. 153 CE, pur disponendo espressamente quest'ultimo, al suo par. 3, lett. *a*. che:

«(...) la Comunità contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al par. 1 (tutela, tra l'altro, del diritto all'informazione dei consumatori: *n.d.A.*) mediante misure adottate a norma dell'art. 95 (...)».

In una precedente proposta la Commissione aveva rigettato un emendamento del PE che prevedeva l'aggiunta dell'art. 153 come seconda base giuridica dell'atto⁵⁷.

8. La vicenda della modifica della direttiva n. 2000/13/CE per introdurre l'indicazione obbligatoria in etichetta degli allergeni

Come si è detto, il problema dell'omessa indicazione obbligatoria delle sostanze allergeniche nei cibi non è nuovo nel diritto comunitario. La Com-

⁵⁵ V. i regolamenti Ce n. 104/2000, in *Guce* n. L 17 del 21 gennaio 2000, p. 22, e n. 2065/2001 del 22 ottobre 2001, in *Guce* n. L 278 del 23 ottobre 2001, relativi all'informazione dei consumatori nel settore dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura, entrambi adottati sulla base giuridica degli artt. 36 e 37 CE, ovvero in ambito PAC (oltre che in base all'art. 26).

⁵⁶ Per la normativa comunitaria nel settore v. *supra*, nota 46.

⁵⁷ COD/1997/0027 - *Foodstuffs, alcoholic beverages: labelling, presentation and advertising* (amend. Direct. 79/112/EEC). Proposta della Commissione Com (1997)20 del 10 febbraio 1997, in *Guce* n. C 106 del 4 aprile 1997, p. 5; prima lettura del PE: doc. PE T4-0134/1999 del 25 febbraio 1999, in *Guce* n. C 153 del 1° giugno 1999, p. 14-36; proposta modificata della Commissione CE Com(1999)339 del 1° luglio 1999, in *Guce* n. C 177 del 27 giugno 2000, p. 11.

missione ha tentato diverse volte di proporre una modifica delle direttive orizzontali sull'etichettatura, sia della n. 79/112 che della più recente n. 2000/13, scontrandosi, fino a tempi recenti (l'ultima proposta, poi adottata, risale al 2001), con l'opposizione di alcuni gruppi d'interesse che non volevano accettare l'obbligo d'indicazione di additivi allergenici nelle bevande alcoliche⁵⁸.

L'ultima proposta di modifica aveva significativamente come base giuridica il nuovo art. 95 CE come riformato dal Trattato di Amsterdam, che impone non solo la procedura di codecisione con il PE ma anche l'obbligo, per le istituzioni, di adottare norme in materia di realizzazione del mercato interno, che assicurino un «elevato livello di tutela della salute e dei diritti dei consumatori», con il richiamo incrociato agli artt. 152 e 153 CE.

L'esito positivo della proposta ha portato all'adozione della direttiva n. 2003/89/Ce del PE e del Consiglio del 10 novembre 2003⁵⁹, che contiene disposizioni circa:

- l'obbligo d'indicare in etichetta le sostanze allergeniche (elencate nell'allegato III *bis*);

- l'obbligo di elencare anche gli ingredienti degli ingredienti composti che costituiscono meno del 25% del prodotto finito, se costituiti da ingredienti o sostanze allergeniche elencate nell'allegato III *bis*.

È importante sottolineare che queste disposizioni saranno applicabili anche ai prodotti, preconfezionati, che però sono soggetti alle norme PAC sulle OCM o a direttive "verticali" relative a singoli prodotti o categorie di prodotti alimentari, e questo appare un dato di rilievo.

Resta criticabile, per chi scrive, l'omissione di un obbligo specifico d'indicare anche le sostanze indesiderabili presenti accidentalmente nei cibi, tanto più che un obbligo simile è previsto per quei prodotti alimentari in relazione alla presenza accidentale di OGM se superiore ad una percentuale (1%) del prodotto finito.

9. Considerazioni conclusive. a. Gli effetti della frammentazione della normativa sull'etichettatura, quanto alla base giuridica, sulla tutela del consumatore

L'attuale disciplina relativa all'etichettatura dei prodotti alimentari induce a riflettere su vari ordini di problemi.

In primo luogo ci si può interrogare sulla perdurante idoneità delle norme che costituiscono la base giuridica della PAC a realizzare pienamente gli obiettivi di una legislazione alimentare improntata ai principi di sicurezza, tu-

⁵⁸ Sulla vicenda si rinvia al prossimo paragrafo, dedicato alle considerazioni conclusive, lett. a.

⁵⁹ Per gli estremi della pubblicazione v. *supra*, nota 6.

tela della salute e corretta informazione dei consumatori, come vuole il nuovo regolamento n. 178/2002.

E questo, nonostante l'intervenuta riforma operata alla PAC dal Trattato di Amsterdam con l'inserzione della deroga alla procedura tradizionale di formazione degli atti PAC di cui all'art. 37 CE, disposta ora dall'art. 152, par. 4, lett. *b.*, che impone sì il coinvolgimento del PE, ma solo limitatamente a quelle misure della PAC di carattere fitosanitario o veterinario che siano finalizzate principalmente alla tutela della salute.

Invece, né le norme sull'etichettatura e sull'informazione ai consumatori circa le caratteristiche dei singoli prodotti oggetto di OCM, né tutte quelle che disciplinano la loro composizione, i residui di antiparassitari ammessi etc., sono adottati in base al nuovo art. 152, par. 4, lett. *b.*, in codecisione col PE⁶⁰. In una recente sentenza della Corte di giustizia in causa C-269/97⁶¹, la Commissione, sostenuta dal PE, ha chiesto l'annullamento del regolamento n. 820/97 relativo *all'identificazione ed alla registrazione dei bovini ed all'istituzione di un sistema di etichettatura delle carni bovine*, per errata indicazione della base giuridica, in quanto l'atto era stato adottato sulla base dell'art. 37 CE e non anche in base all'art. 95 CE. La Corte ha rigettato la richiesta di Commissione e PE, fondandosi sulla sua precedente giurisprudenza in materia di criteri utili per l'individuazione della corretta base giuridica in caso di concorso di più disposizioni, andando peraltro contro il parere, particolarmente concludente e puntuale, dell'Avvocato Generale A. Saggio⁶². Appare comunque molto significativo che il regolamento impugnato sia stato subito dopo abrogato e sostituito da altro regolamento, il n. 1760/2000 adottato, correttamente, sulla base dell'art. 37 CE e dell'art. 152, par. 4, lett. *b.* concernente le misure in materia di sanità pubblica⁶³.

A nostro avviso occorre chiedersi se, nell'adozione della normativa in ambito PAC, le istituzioni competenti siano sempre e comunque obbligate a tenere nel dovuto conto la tutela della salute, della sicurezza e degli interessi economici dei consumatori.

La disciplina di molti dei prodotti che stanno alla base della catena alimentare è infatti attualmente di competenza del Consiglio e della Commissione.

⁶⁰ Valgano per tutti le considerazioni svolte in relazione all'informazione dei consumatori relativamente ai prodotti della pesca: *supra* par. 7 e nota 55.

⁶¹ Sentenza della Corte del 4 aprile 2000 in causa n. C-269/97, *Commissione (sostenuta dal PE) c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2257 ss.; conclusioni dell'Avvocato Generale A. Saggio presentate il 18 maggio 1999, *ibidem*.

⁶² Sulla vicenda ci permettiamo di rinviare al nostro lavoro *Libera circolazione delle merci nei sistemi CE e GATT/WTO e sicurezza alimentare: il ruolo dell'armonizzazione*, p. 1143, *cit. supra*, nota 20.

⁶³ Regolamento Ce n. 1760 del 17 luglio 2000. *Istituzione di un sistema di identificazione e di registrazione dei bovini e relativo all'etichettatura delle carni bovine e dei prodotti a base di carni bovine, e abrogazione del regolamento (CE) n. 820/97 del Consiglio*, in *Guce* n. L 204 dell'11 agosto 2000.

ne nell'ambito dei poteri loro attribuiti dal Trattato in materia di PAC, più specificamente nel quadro delle regole relative alle OCM e, perciò con un procedimento di formazione degli atti legislativi che vede in un piano del tutto subordinato il Parlamento europeo⁶⁴.

Questo determina sicuramente dei problemi di *deficit* democratico sotto diversi aspetti: sul piano formale manca, come si è detto, il coinvolgimento diretto del PE nel processo decisionale, con l'eccezione del caso in cui sia applicabile l'art. 152, par. 4, lett. *b.* appena ricordato. Sul piano sostanziale, poi, le istituzioni non sono state sinora tenute ad agire, in ambito PAC, tenendo conto di un elevato livello di tutela del consumatore e della salute. Tutta la legislazione vigente sinora in materia di prodotti agricoli soggetti ad OCM risente pertanto di tale circostanza: va infatti tenuto conto del fatto che la PAC è stata ideata e si applica con il dichiarato scopo di sostenere la redditività e la produttività degli agricoltori e non ha alcuna finalità di protezione degli interessi dei consumatori.

Il dilemma relativo alla scelta della corretta base giuridica da utilizzare per la disciplina dei prodotti agricoli, in modo tale da non proteggere soltanto gli interessi economici degli agricoltori, ma tutelare anche la salute ed il diritto all'informazione dei consumatori, risulta dalla stessa documentazione preparatoria degli atti comunitari.

La Commissione ad esempio, in uno dei suoi tentativi di proposta di modifica della vecchia direttiva sull'etichettatura n. 79/112, (versione modificata del 1999), ricordava le difficoltà incontrate dalla Commissione del PE responsabile (ai fini della elaborazione della posizione del PE sulla proposta, nel quadro della procedura di codecisione), in occasione dell'adozione della decisione del 5 gennaio 1999 in materia di etichettatura delle bevande alcoliche, a causa del fatto che i suoi membri, sebbene d'accordo sulla necessità di provvedere, erano tuttavia divisi sulla base giuridica della futura legislazione. Mentre alcuni eurodeputati si pronunciavano per l'inserimento di disposizioni specifiche in un atto "orizzontale", quale era la direttiva sull'etichettatura di cui si discuteva la modifica, altri avrebbero preferito disciplinare la materia dell'etichettatura delle bevande alcoliche in conformità con la specifica normativa di settore della PAC, pur consapevoli del fatto che, in quest'ultimo caso, il PE non sarebbe stato coinvolto se non in misura marginale nella decisione⁶⁵.

Va inoltre ricordata, sulla stessa linea, anche la precedente opinione del Consiglio economico e sociale del 28 maggio 1997, sempre relativa alla pro-

⁶⁴ In base all'art. 37, par. 2, comma 3, CE: «(...) Su proposta della Commissione, previa consultazione del PE, il Consiglio (...) stabilisce regolamenti o direttive, oppure prende decisioni (...).» Come si vede, resta attiva la procedura tradizionale di adozione degli atti, che vede quale legislatore il solo Consiglio, sia pure affiancato dal potere d'iniziativa legislativa della Commissione, ed il PE relegato in un ruolo meramente consultivo.

⁶⁵ CE, Com(1999)339.

posta di modifica della direttiva n. 79/112, laddove proponeva il principio per il quale l'adozione della legislazione sull'etichettatura delle bevande alcoliche avrebbe dovuto avvenire in seno al Comitato per l'alimentazione umana, e non all'interno dei comitati delle OCM istituiti dalla PAC, come proposto dalla Commissione, anche in considerazione della recente crisi della "mucca pazza" e dell'accresciuto bisogno di trasparenza nell'elaborazione della legislazione alimentare⁶⁶.

Infine, appaiono significative le affermazioni di un eurodeputato⁶⁷, circa il fatto che si fosse discusso per diciotto anni sulla necessità di etichettare il vino per indicare la presenza di anidride solforosa, sostanza ritenuta allergenica e che può inoltre, se assunta in alte dosi nel sangue, provocare malattie dell'apparato digerente, senza che la Comunità riuscisse a raggiungere un accordo: anche in questo caso la discussione è avvenuta ed avviene nel contesto PAC. Il Commissario per l'agricoltura Byrne, in risposta all'interrogazione predetta, aveva ammesso che i tentativi di etichettare i vini si susseguivano senza risultato dal 1982, e che fosse in quel momento in progetto l'adozione di alcune misure di attuazione della nuova normativa relativa all'OCM vitivinicolo⁶⁸, tra le quali si prevedeva la possibilità di istituire un sistema di etichettatura, sia pure soltanto *facoltativo*, per indicare la presenza dei solfiti nel vino⁶⁹. Egli tuttavia riteneva inopportuna l'eventuale adozione di norme nazionali, anche in considerazione del fatto che era allo studio la proposta di modifica della direttiva n. 2000/13 per inserirvi una norma orizzontale che imponesse un obbligo generale d'indicazione in etichetta delle sostanze allergeniche.

Come si vede, restando nell'ambito della normativa PAC, non si riescono a conseguire risultati soddisfacenti sotto il profilo di una efficace tutela dei diritti dei consumatori. In realtà è chiaro ormai che laddove le misure relative ai prodotti soggetti alla PAC coinvolgano in ogni modo i diritti fondamentali dei consumatori e della salute, occorre escludere che la relativa normativa possa essere adottata usando come base giuridica le norme PAC, poco garantiste di una giusta considerazione degli interessi dei consumatori e di un leale temperamento delle esigenze del mercato interno e di valori non economici.

⁶⁶ CE, Com(1999)339.

⁶⁷ Interrogazione scritta E-2310/01 di Christopher Hunhe (ELDR) alla Commissione (31 luglio 2001) avente ad oggetto: *Misure nazionali per l'etichettatura del vino* (fonte: CELEX).

⁶⁸ Regolamento n. 1493/1999/Ce relativo alla designazione, la denominazione, la presentazione e la protezione di taluni prodotti vitivinicoli, in *Guce* n. L 179 del 14 luglio 1999, p. 1. V. anche, per ciò che riguarda la normativa italiana, il dm 3 luglio 2003. Disposizioni nazionali applicative del regolamento (Ce) n. 753/2002 della Commissione del 29 aprile 2002, che fissa talune modalità di applicazione del regolamento (Ce) n. 1493/1999/Ce relativo alla designazione, la denominazione, la presentazione e la protezione di taluni prodotti vitivinicoli, in *Guri* n. 174 del 29 luglio 2003.

⁶⁹ Esigenza ormai superata dall'adozione della modifica alla direttiva sull'etichettatura, relativa all'obbligo di indicare nelle bevande alcoliche la presenza di sostanze allergeniche.

Al di là degli specifici problemi relativi ai rapporti tra PAC ed altre norme del Trattato, si deve stigmatizzare la più generale situazione di *eccessiva frammentazione legislativa*: si pensi all'etichettatura degli OGM che fino all'adozione della direttiva n. 2001/18 non era richiesta per i prodotti OGM in quanto tali (come le sementi GM autorizzate dalla Commissione in base alla direttiva n. 90/220), mentre dal 1997 è comunque in vigore il regolamento n. 258/97 che impone l'obbligo d'etichettatura per i cosiddetti «nuovi cibi e nuove sostanze alimentari»: quindi per fare un esempio concreto, il pomodoro transgenico non doveva essere etichettato ma il *ketchup* ottenuto con quel pomodoro sì: ma se non si poteva, prima del 2001, risalire all'origine GM del pomodoro, come si poteva assolvere l'obbligo di etichettatura del prodotto che derivava da esso?

Ancora, il carattere frammentario della disciplina relativa agli OGM, ed ai prodotti alimentari che ne contengono o derivano da essi senza contenerli, si rileva dalla diversa sfera di applicazione delle varie norme applicabili: la direttiva n. 2000/13, come modificata⁷⁰; il regolamento n. 258/1997 se gli OGM sono contenuti nei cosiddetti "nuovi cibi" o se questi ultimi derivano da OGM ma non ne contengono; la nuova direttiva n. 2001/18 (e la sua normativa di attuazione) di applicazione generale.

Tale scelta non fa che contribuire alla proliferazione di norme distinte per ogni prodotto ed al conseguente *fenomeno della frammentazione normativa* che andrebbe invece il più possibile evitato.

A fronte di queste preoccupazioni occorre tuttavia rilevare la svolta positiva impressa dalla Commissione al problema, con l'adozione, nel suo *Libro Bianco sulla sicurezza alimentare*, del cosiddetto approccio globale, scientifico e legislativo alla sicurezza alimentare, fondato sulla creazione di una base comune per l'adozione di misure in materia di alimenti e mangimi.

La stessa impostazione globale permea il regolamento n. 178/2002, che all'art. 5 dispone che:

«(...) la legislazione alimentare persegue uno o più tra gli obiettivi generali di un livello elevato di tutela della vita o della salute umana, della tutela degli interessi dei consumatori, comprese le pratiche leali nel commercio alimentare, tenuto eventualmente conto della tutela della salute e del benessere degli animali, della salute vegetale e dell'ambiente (...)».

È auspicabile che da ora in avanti si informi tutta la legislazione attinente direttamente o indirettamente all'alimentazione, agli obiettivi ed ai principi del regolamento.

Appare significativo, per concludere, il fatto che finalmente si sia dato séguito pratico all'approccio globale, con l'adozione della modifica alla *direttiva*

⁷⁰ Dai regolamenti n. 1139/1998 (modificato dal regolamento n. 49/2000) e n. 50/2000 se gli OGM sono contenuti in prodotti alimentari "normali": *supra*, nota 17.

n. 2000/13 relativa all'instaurazione di un sistema obbligatorio di etichettatura della presenza di sostanze allergeniche in tutti i prodotti alimentari, comprese le bevande alcoliche, evitando significativamente di lasciare la competenza a regolare la materia alla PAC.

Sotto questo profilo ci sembra che una maggiore coerenza dell'intera legislazione potrà raggiungersi soltanto nel momento in cui si riuscirà ad arrivare ad un sistema d'informazione completo, che potrà realizzarsi però solo mediante l'introduzione sistematica e generalizzata di un sistema obbligatorio e armonizzato di *tracciabilità* del prodotto lungo tutta la catena alimentare.

Lungo questa linea si pone il citato regolamento n. 178/2002 che, all'art. 18, considera come un requisito generale della legislazione alimentare la *tracciabilità*. Ugualmente, la nuova direttiva n. 2001/18 sugli OGM ed il recente regolamento di attuazione n. 1830/2003, proprio in materia di tracciabilità, sembrano destinati a contribuire al miglioramento dei problemi segnalati.

Per il momento la *tracciabilità*, che rappresenta un ambizioso obiettivo delle istituzioni, ufficialmente consacrato dal *Libro bianco sulla sicurezza alimentare*, costituisce solo una sfida per questo nuovo millennio, ma la sua realizzazione richiederà un enorme sforzo in termini di risorse finanziarie e coordinamento tra la diversa legislazione comunitaria e tra quest'ultima e quella statale, ed internazionale, tale da non apparire raggiungibile nel breve termine.

Questa situazione giustifica l'ulteriore riflessione che ci accingiamo a svolgere nel paragrafo che segue.

10. Segue: b. Ripensare alla ripartizione CE/Stati membri in vista di una maggiore cooperazione ai fini del miglioramento della tutela del consumatore e del suo diritto all'informazione

Occorre, in secondo luogo, riflettere sull'attuale ripartizione di competenze tra CE e Stati membri nell'adozione di misure a tutela della salute, della sicurezza e degli interessi economici dei consumatori.

Il primo dato che occorre rilevare è che la Comunità si dimostra spesso molto rigida nei confronti dell'adozione di misure unilaterali da parte degli Stati, soprattutto nei settori armonizzati e sebbene siano adottate nel rispetto delle clausole di salvaguardia. Prova ne sia la tormentata vicenda della legislazione danese sugli additivi davanti alla Commissione prima ed alla Corte poi⁷¹.

⁷¹ In proposito si rinvia alla decisione della Commissione di negare alla Danimarca l'autorizzazione al mantenimento, in conformità con l'art. 95, par. 4, CE, di misure nazionali più restrittive in materia di presenza di solfiti, nitriti e nitrati in alcuni prodotti alimentari. La decisione, impugnata davanti alla Corte, è stata confermata da quest'ultima: sentenza della Corte del 20 marzo 2003 in causa n. C-3/00, *Regno di Danimarca c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 2643 ss. V. anche le incisive conclusioni dell'Avvocato Generale A. Tizzano presentate il 30 maggio 2002, sull'interpretazione dell'art. 95, par. 4, e sul ruolo del principio di precauzione.

Occorre poi ribadire che non sempre gli atti adottati in base alle norme sulla PAC e le OCM contengono clausole di salvaguardia che autorizzano gli Stati membri, sia pure provvisoriamente, ad adottare misure a tutela della salute o dell'ambiente o degli interessi dei consumatori.

In proposito appare paradigmatica la vicenda dell'etichettatura dell'olio di oliva. In quel caso infatti, la normativa comunitaria vigente avrebbe consentito lo spazio per un'azione statale legittima, spazio che non fu, a nostro avviso, opportunamente sfruttato. Invece di procedere con l'adozione di una normativa nazionale contro il parere della Commissione, il nostro Governo avrebbe forse potuto rifarsi, per giustificare l'introduzione della legge derogatoria più severa, all'art. 3, par. 1, comma n. 8 della direttiva n. 2000/13, che impone di indicare in etichetta «il luogo d'origine o di provenienza, *qualora l'omissione di tale indicazione possa indurre in errore il consumatore circa l'origine o la provenienza effettiva del prodotto alimentare*»⁷², comunicandone l'adozione alla Commissione anche, ma non solo, ai sensi della direttiva generale relativa agli obblighi di informazione in caso di adozione di regole tecniche; quanto, soprattutto, a titolo di misura prevista dall'art. 19 della direttiva n. 2000/13, contenente una clausola di salvaguardia che consente l'adozione di nuove misure statali derogatorie, qualora ritenute necessarie per introdurre una nuova normativa nazionale a tutela della corretta e completa informazione del consumatore circa l'origine del luogo di raccolta delle olive.

Una tale scelta legislativa sarebbe stata, a nostro avviso, sostenibile e giuridicamente corretta, nonostante le difficoltà interpretative cui tale soluzione dà luogo. L'art. 19 infatti autorizza l'introduzione di nuove misure nazionali, disponendo che in tal caso lo Stato che intenda avvalersene debba precisarne i motivi ma, a differenza della precedente disposizione (art. 18), non chiarisce quali giustificazioni siano ammissibili ai fini della legittimità della misura. A sua volta, l'art. 18 vieta agli Stati membri di impedire il commercio dei prodotti alimentari conformi alle norme della direttiva, applicando disposizioni nazionali non armonizzate, a meno che queste ultime non siano giustificate da motivi di tutela della salute pubblica, repressione delle frodi, tutela della proprietà industriale e commerciale.

Ora, poiché l'art. 18 parla in senso generico di applicazione di misure nazionali non armonizzate, – il che può significare tanto «mantenimento delle misure preesistenti rispetto all'entrata in vigore della direttiva» quanto «adozione di nuove misure successivamente all'entrata in vigore della direttiva» –, ci sembra che l'art. 19 vada coordinato con l'art. 18 nel senso di costituirne una specificazione. Ne risulta che se uno Stato membro vuole *mantenere* norme nazionali non armonizzate preesistenti deve solamente giustificarle in base ai motivi previsti dall'art. 18; se invece intende *adottare nuove misure do-*

⁷² *Corsivo aggiunto.*

po l'armonizzazione, esso dovrà pur sempre giustificarle in base ai motivi dell'art. 18, ma non potrà adottarle senza prima osservare la procedura prevista dall'art. 19⁷³, che prevede la comunicazione del progetto di legge alla Commissione, e, in ogni caso, senza il parere favorevole della Commissione.

In conclusione ci sembra che gli Stati membri possano e debbano utilizzare, più in generale ma *sempre nel rispetto del diritto comunitario*, le clausole di salvaguardia contenute negli atti di armonizzazione, laddove questi ultimi si rivelino lacunosi su aspetti essenziali della disciplina. Sotto questo profilo siamo dell'avviso che si sarebbe potuta da tempo adottare, nei diversi Stati membri, una legislazione sull'indicazione obbligatoria della presenza di sostanze allergeniche in tutti i prodotti alimentari, compresi quelli soggetti alla PAC ed alle OCM come il vino o il pesce.

Per il futuro, laddove si presentassero lacune nella legislazione comunitaria che influissero negativamente sui diritti fondamentali dei consumatori, e nel caso in cui non ci si potesse rifare a clausole di salvaguardia, si potrà sempre ricorrere, a nostro avviso, alla nuova direttiva "orizzontale" sulla sicurezza generale dei prodotti, che ci sembra andare proprio nella direzione suggerita, di una maggiore cooperazione tra istituzioni e Stati membri ai fini di una maggiore tutela del consumatore, anche attraverso lo strumento dell'etichettatura e comunque dei mezzi idonei ad assicurare una completa informazione sulla possibile pericolosità del prodotto⁷⁴.

La direttiva è stata adottata in base all'art. 95 CE e, nei *considerando*, ritiene indispensabile modificare la precedente direttiva sulla materia, la n. 92/59/Cee:

«(...) 1. (...) al fine di completarne, rafforzarne o chiarirne talune disposizioni alla luce dell'esperienza maturata e dei recenti sviluppi in materia di sicurezza dei prodotti di consumo nonché delle modifiche introdotte nel trattato, in particolare nell'art. 152 relativo alla sanità pubblica e nell'art. 153 riguardante la protezione dei consumatori e alla luce del principio di precauzione (...)».

Il *quinto considerando* chiarisce il carattere di «normativa di chiusura» dell'atto, nel senso che la sua applicabilità è subordinata alla condizione che esistano lacune o servano integrazioni rispetto alla legislazione comunitaria vigente:

«(...) al fine di garantire un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza dei consumatori, come prescrive l'art. 95 del Trattato (...)»

e, nel *considerando* n. 12 specifica che:

⁷³ Comunicazione del disegno di legge alla Commissione ed agli Stati membri con l'indicazione dei motivi; attesa di un termine minimo di tre mesi dalla data della comunicazione, prima dell'adozione della misura, sempre che non abbia ricevuto parere contrario, nel qual caso occorre attivare una nuova procedura in base alla quale la Commissione valuta la possibilità di consentire all'adozione delle nuove misure statali dopo opportune modifiche.

⁷⁴ Direttiva n. 2001/95/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 dicembre 2001 relativa alla sicurezza generale dei prodotti, in *Guce* n. L 11 del 15 gennaio 2002, p. 4-17.

«(...) le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi integralmente, al fine di tutelare la salute e la sicurezza dei consumatori, quando non esistono disposizioni specifiche nell'ambito della normativa comunitaria in materia di sicurezza dei prodotti in questione (...)».

Questo implica la possibilità di comprendere, nella nozione di prodotto, anche quelli alimentari⁷⁵.

Siamo perciò dell'opinione che in base a tale atto sia consentita tanto l'adozione su base volontaria da parte dei soggetti responsabili ai sensi della direttiva, quanto l'adozione di norme nazionali che impongano ai produttori o ai distributori, di indicare in etichetta la presenza di sostanze allergeniche nei singoli prodotti.

Ciò significa che, a prescindere o meno dall'esistenza di clausole di salvaguardia nelle singole normative comunitarie di settore, la direttiva in esame consente comunque agli Stati, nel rispetto ovviamente del diritto comunitario, di adottare misure nazionali, compreso il ricorso all'etichettatura od altre idonee forme d'informazione, finalizzate a garantire la sicurezza del prodotto.

Un'ultima notazione critica riguarda la prassi seguita dalla Commissione in tutti i casi in cui, in base alle diverse direttive, gli Stati membri sono tenuti ad attivare procedure di comunicazione dei progetti di misure nazionali in settori già armonizzati, di non autorizzare queste ultime qualora l'oggetto ed il contenuto della misura nazionale siano anche allo studio delle istituzioni ai fini dell'adozione o della modifica della normativa a livello comunitario. La motivazione di un simile atteggiamento, offerta dalle istituzioni, viene fondata su esigenze di uniformità del mercato interno.

Tale prassi, e le ragioni che la sottendono, ci sembra criticabile, ove si rifletta sul fatto che l'adozione di un atto può anche richiedere anni o decenni (come la vicenda dell'etichettatura del vino e più in generale delle sostanze allergeniche dimostra) e che, nelle more, se l'atto ha lo scopo di tutelare la salute e la sicurezza del consumatore, non si vede perché lo Stato più diligente non possa intanto provvedere, unilateralmente ma in conformità al diritto comunitario, all'adozione di misure più idonee.

⁷⁵ Il regime previsto dalla direttiva n. 2001/95/Ce impone l'obbligo, a carico dei fabbricanti, di commercializzare solo prodotti sicuri e di assicurare la corretta informazione del consumatore e, per quanto riguarda gli Stati membri, l'art. 8, par. 1, riconosce loro la competenza di adottare misure, per quel prodotto:

- lett. *b.* che possa presentare rischi in determinate condizioni, comprendendo tra le misure possibili l'apposizione di adeguate avvertenze sui rischi del prodotto in modo comprensibile e nelle lingue ufficiali dello Stato di commercializzazione del prodotto;

- lett. *c.* che possa presentare rischi per determinate persone, comprendendo tra le misure possibili l'obbligo di informazione tempestiva ed adeguata del rischio.

Per assicurare una certa coerenza d'azione è sempre previsto l'obbligo di comunicare alla Commissione le misure sia nazionali che quelle, non vincolanti, adottate dagli enti di normalizzazione europei. Il termine di trasposizione per gli Stati membri è scaduto il 15 gennaio 2004. L'Italia ha recepito la direttiva con il dlgs n. 172 del 21 maggio 2004, in *Guri* n. 165 del 16 luglio 2004.

Inoltre, la normativa comunitaria che dovesse in ipotesi intervenire, potrebbe essere considerata dallo Stato insufficiente ad «assicurare gli obiettivi legittimi» (secondo la nota locuzione usata dalla normativa internazionale e comunitaria) che la norma nazionale si propone di conseguire.

Prendiamo, ad esempio, il caso dell'etichettatura del vino. In attesa che la proposta di modifica della direttiva n. 2000/13 diventasse legge, perché non permettere a quegli Stati che l'avessero voluto, di adottare una normativa a garanzia di una corretta informazione a tutela della salute del consumatore? La risposta negativa data a suo tempo dal Commissario Byrne all'interrogazione di un eurodeputato circa la possibilità di adozione di misure nazionali sull'etichettatura del vino, non sembra, alla luce di queste considerazioni, giustificata nei termini in cui è stata proposta⁷⁶.

Ricordiamo, infatti, che il Commissario ha ritenuto inopportuna l'adozione di misure nazionali in considerazione del fatto che la nuova regolamentazione relativa all'OCM nel settore viti-vinicolo avrebbe consentito la futura adozione di un sistema *facoltativo* di etichettatura da un lato; che, dall'altro, era all'epoca in gestazione la proposta di modifica della direttiva orizzontale sull'etichettatura dei prodotti alimentari che avrebbe imposto l'obbligo d'indicare in etichetta la presenza delle sostanze allergeniche anche per le bevande alcoliche⁷⁷.

Un'altra vicenda degna di menzione è quella, conclusasi di recente, della legislazione danese in materia di solfiti, nitriti e nitrati, vicenda che ha dato luogo ad una lunga controversia con la Commissione davanti alla Corte di giustizia, sfociata nella sentenza del 20 marzo 2003⁷⁸.

Il caso, lo ricordiamo, ha preso origine da una decisione della Commissione⁷⁹ di negare l'autorizzazione al mantenimento in vigore di disposizioni nazionali derogatorie del regime comunitario armonizzato in materia di additivi specifici quali solfiti, nitriti e nitrati nei prodotti alimentari, notificate in base alla procedura prevista dall'art. 95, par. 4, del Trattato CE che contiene una clausola di salvaguardia⁸⁰. Nonostante la posizione contraria al mantenimento in vigore della normativa danese, la Commissione ammetteva l'esistenza, all'epoca della decisione, di lacune nella normativa comunitaria armonizzata, come risulta dal par. 31 dell'atto:

⁷⁶ *Supra*, par. 9.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2003 in causa n. C-3/00, *cit. supra*, nota 71.

⁷⁹ Decisione della Commissione del 26 ottobre 1999, n. 1999/830/Ce, relativa alle disposizioni nazionali notificate dal Regno di Danimarca concernenti l'impiego di solfiti, nitriti e nitrati nei prodotti alimentari (notificata con il n. C (1999) 3416), in *Guce* n. L 329 del 22 dicembre 1999, p. 1-14.

⁸⁰ Dispone l'art. 95, par. 4, CE: «Allorché, dopo l'adozione da parte del Consiglio o della Commissione di una misura di armonizzazione, uno Stato membro ritenga necessario mantenere disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'art. 30 o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, essa notifica tali disposizioni alla Commissione precisando i motivi del mantenimento delle stesse».

«31. La Commissione riconosce che in alcuni casi la presenza dei solfiti non risulta dall'etichettatura. Si tratta, per esempio, dei solfiti utilizzati per la preparazione dei prodotti alimentari, che si ritrovano nel prodotto finito, nel quale però non svolgono più una funzione tecnologica, oppure dei solfiti presenti in un grande numero di prodotti, ai quali però non sono stati aggiunti volontariamente. In questi due esempi il tenore dei solfiti, nonostante sia molto basso, può scatenare manifestazioni allergiche presso alcuni individui (...)»⁸¹.

La Commissione aggiungeva tuttavia che, a livello comunitario, erano in corso lavori per rendere sistematicamente obbligatoria l'indicazione in etichetta degli ingredienti allergenici, quali i solfiti.

La Corte di giustizia a sua volta, interpellata dalla Danimarca che pretendeva l'annullamento della decisione, rigettava la pretesa di quest'ultima e si pronunciava per la corretta applicazione, da parte della Commissione, del principio di proporzionalità rispetto alla legge danese⁸².

Ora, a parte il fatto che il caso danese non riguardava direttamente un problema di etichettatura ma di sanità, e che l'assenza di norme comunitarie sull'etichettatura era solo un argomento da parte danese, per sostenere la severità della propria legislazione in materia di solfiti, resta comunque un fatto che la durata dell'intera vicenda appare eccessiva, ai fini di una tempestiva azione a tutela della salute del consumatore. Se si tiene conto del fatto che la notifica della Danimarca risale al 1999; che la Commissione ha presentato la proposta di modifica della direttiva n. 2000/13/Ce che renda obbligatoria l'indicazione degli ingredienti allergenici in etichetta, solo il 6 settembre 2001⁸³; che nel giugno 2003 la proposta era ancora all'attenzione del PE (per la seconda lettura); che essa è stata adottata, come direttiva n. 2003/89, solo nel novembre 2003 e che, in base all'art. 2, par. 1, di quest'ultima, gli Stati membri avranno tempo fino al 25 novembre 2004 per adottare misure nazionali necessarie a consentire la vendita di prodotti in conformità ad essa a decorrere da quella data; ancora, che in base alla stessa disposizione il divieto di vendita di prodotti non conformi alla direttiva sarà operativo solo dal 25 novembre 2005, ci si rende conto dell'opportunità di non lasciare per così tanto tempo un vuoto legislativo che si ripercuote senz'altro negativamente sulla tutela della salute e dell'informazione dei consumatori.

In conclusione, siamo dell'avviso che, per valutare la legittimità di una misura nazionale, non si possa far riferimento alla sua opportunità in vista di una contestuale attività legislativa dell'autorità sovranazionale, bensì occorra sempre e solo testarne la conformità al diritto comunitario.

In quest'ottica la misura nazionale, ove consentita da una clausola di sal-

⁸¹ Par. 31, p. 10.

⁸² Par. 93 della sentenza.

⁸³ La precedente riguardando la vecchia direttiva n. 79/112.

vaguardia o più in generale dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, dovrà ritenersi ammissibile e legittima ove risponda ai seguenti requisiti:

- essere indistintamente applicabile e comunque non discriminatoria,
- essere necessaria alla tutela di valori protetti dal diritto comunitario quali risultano dall'art. 30 e dalla giurisprudenza della Corte,
- essere proporzionata allo scopo che intende conseguire o,
- eventualmente, essere conforme al principio di precauzione.

L'unica cosa che può concedersi all'esigenza dell'uniformità del mercato interno, è il fatto che, in caso di materia anche oggetto di proposta legislativa da parte della Commissione, la misura nazionale dovrebbe essere mantenuta o adottata *ex novo* come misura *temporanea*, eventualmente sottoponibile a nuovo giudizio di compatibilità una volta adottata la nuova normativa comunitaria, e sempre che quest'ultima disciplini la materia, a giudizio dello Stato, in modo soddisfacente.

In caso la normativa armonizzata si riveli lacunosa o insoddisfacente⁸⁴, a prescindere dall'esistenza o meno di clausole di salvaguardia, e nelle more dell'adozione di atti integrativi da parte della CE, riteniamo comunque legittimo il ricorso, da parte degli Stati, a misure nazionali per garantire la sicurezza del prodotto e la corretta informazione del consumatore su tale requisito fondamentale, in conformità con l'art. 8 della direttiva n. 2001/95/Ce⁸⁵.

11. *Segue: c. Il ruolo del consumatore come soggetto attivo del mercato: accesso alle informazioni relative alla sicurezza alimentare e partecipazione stabile delle associazioni di categoria alla fase di elaborazione della normativa nazionale, europea ed internazionale*

A conclusione delle considerazioni critiche sinora svolte desideriamo svolgere un'ultima riflessione sul ruolo attivo del consumatore nell'elaborazione della legislazione alimentare.

In proposito, non si può non segnalare una recentissima pronuncia della Corte nel caso *Glawischnig*⁸⁶, relativa alla pretesa di estendere la direttiva n. 90/313/Cee, *sulla libertà di accesso alle informazioni ambientali*, alle notizie relative alla corretta applicazione della normativa sull'etichettatura obbligatoria dei prodotti derivati da OGM, in conformità con il regolamento del Consiglio n. 1139/98 come modificato dal regolamento n. 49/2000⁸⁷.

⁸⁴ Pensiamo al caso dell'adozione, a livello comunitario, di un sistema facoltativo di etichettatura, rispetto a problemi d'indicazione obbligatoria di sostanze che, se non segnalate in etichetta, potrebbero causare danni alla salute dei consumatori.

⁸⁵ *Cit. supra*, note 74.

⁸⁶ Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 12 giugno 2003 in causa n. C-316/01, *Glawischnig*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5995 ss., con conclusioni dell'Avvocato Generale A. Tizzano presentate il 5 dicembre 2002.

⁸⁷ *Cit. supra*, nota 17.

Si trattava di una questione pregiudiziale sollevata dal giudice austriaco nel corso di una causa tra una deputata del Parlamento federale austriaco e il Governo austriaco, e relativa al diniego, da parte dell'autorità competente, di fornire alcune delle informazioni richieste dalla signora Glawischnig, che riguardavano l'immissione in commercio di prodotti alimentari contenenti OGM in violazione delle regole sull'etichettatura contenute nel regolamento n. 1139/98.

La Corte, chiamata ad interpretare la direttiva per la parte relativa alla nozione di «informazione ambientale», ha escluso che quest'ultima espressione, così come concepita dalla direttiva n. 90/313/Cee, coprisse anche le informazioni in materia di etichettatura dei prodotti alimentari richieste dalla deputata.

Tuttavia l'organo ha lasciato intendere che, se si fosse applicata la nuova direttiva in materia⁸⁸ quest'ultima, contenendo una *nozione più ampia di informazione ambientale*, avrebbe permesso di farvi rientrare anche le notizie richieste dalla signora Glawischnig. Invece, prendendo vigore il nuovo atto soltanto a partire dal 14 febbraio 2005, al caso concreto sarebbe stata applicabile la vecchia normativa.

La Comunità si è posta perciò sulla strada di un maggiore coinvolgimento dei cittadini come consumatori nelle attività legislative ed amministrative che li riguardano e sta proseguendo su questa strada, come dimostrano le più recenti posizioni della Commissione e le nuove norme del regolamento n. 178/2002 in materia di *trasparenza* (Sezione 2 del Capo II: *Principio di trasparenza*); l'adozione di specifiche disposizioni sull'accesso alle informazioni relative alla sicurezza alimentare (art. 10); e sul coinvolgimento dei singoli e delle associazioni di consumatori mediante consultazione nell'elaborazione, valutazione e revisione della legislazione alimentare (art. 9). Questa tendenza politica, innovativa ma non del tutto nuova nella realtà giuridica dell'Unione europea⁸⁹, contribuisce in modo importante a colmare le lacune ancora esistenti nel processo di formazione della legislazione comunitaria, spesso accusato di *deficit* democratico.

Paola Puoti**

⁸⁸ Direttiva n. 2003/4/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e che abroga la direttiva n. 90/313/Cee del Consiglio, in *Gu-UE* n. L 41 del 14 febbraio 2003, p. 26-32. L'art. 2 della direttiva stabilisce che rientra nella nozione di «informazione ambientale» qualsiasi informazione relativa, tra l'altro, allo stato degli elementi dell'ambiente, (...) la diversità biologica e i suoi elementi costitutivi, compresi gli OGM (...) (lett. *a.* del par. 1 dell'art. 2); nonché lo stato della salute e della sicurezza umana, compresa la contaminazione della catena alimentare (lett. *f.* della stessa disposizione).

⁸⁹ Si pensi all'importante normativa comunitaria in materia di informazione e consultazione dei lavoratori, che risale ai primi anni Novanta ed oggi culminata nell'adozione della direttiva n. 2002/14/Ce che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea, in *Guce* n. L 80 del 23 marzo 2002.

** Ricercatore confermato di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi «G. d'Annunzio» di Chieti e Pescara.

RECENSIONI

Alberto Quadrio Curzio (a cura di), *Verso la Costituzione Europea. Profili della Costituzione economica europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 5-552, € 36,15

Nell'ambito dell'attuale allargamento dell'Unione europea a venticinque Stati diversi sono i temi oggetto di attenzione, concernenti sia i profili istituzionali, sia riguardanti il livello di integrazione economica. In tale contesto ben si inserisce l'opera qui recensita, la quale può essere di utile lettura, pur edita nel 2001, non solo per l'analisi giuridica ma anche per il pubblico di non giuristi cui essenzialmente si rivolge. L'opera elaborata dal centro di ricerche in analisi economica della Facoltà di scienze politiche dell'Università Cattolica di Milano, raccoglie diversi saggi, di docenti di materie giuridiche ed economiche delle principali università italiane, corredati da una preziosa bibliografia prevalentemente straniera.

Si tratta di uno studio analitico, in un'ottica oggi prevalente, allo scopo di evidenziare l'analisi economica del diritto tendente a sviluppare all'interno del contesto economico la direzione giuridico istituzionale; di tale tipo di analisi, bisogna tener conto, anche se il giurista non può ritenersi totalmente soddisfatto di dover consegnare alla scienza economica i presupposti e gli strumenti delle analisi normative. Un'utile chiave di lettura viene offerta dallo stesso curatore dell'opera nella parte introduttiva (pp. 19-87) allorché vengono posti interrogativi sullo stesso concetto di costituzione e sulla utilità della stessa, analizzando quelle che rappresentano le principali ed attuali impostazioni. Secondo una prima impostazione, infatti, la Costituzione avrebbe bisogno di un supplemento normativo ancora in fase di formazione senza del quale i livelli euro-costituzionali di protezione sarebbero eccessivamente bassi o tendenti al ribasso e perciò destinati ad essere inevitabilmente integrati da una forte supplezza ad opera dei costituenti nazionali.

Secondo una diversa riflessione, la costituzione avrebbe natura consuetudinaria emergente dall'ampio contesto dei trattati comunitari ed unionistici

finalisticamente ancorati al rispetto dei diritti fondamentali della persona. Questa - secondo il curatore - rappresenterebbe la costituzione "sostanziale" (pp. 22-29) da assumere quale punto di indagine anche per i profili economici, in cui il valore fondante viene riconosciuto ai trattati o meglio ancora, in una fase costituzionalizzata, all'*acquis communautaire*. In tale contesto consuetudinario-pattizio particolare considerazione deve attribuirsi al principio di sussidiarietà, sia orizzontale che verticale, e al principio di solidarietà, riproposti in una chiave dinamica nello spazio giuridico europeo.

Tale dinamismo deriva dalla individuazione di un doppio binomio sussidiarietà-libertà, da un lato, solidarietà sviluppo dall'altro, ponendosi come intersezione tra fenomeni politico-normativi e fenomeni economico sociali (p. 30). In verità, dall'analisi delle fonti normative di origine pattizia (art. 2 TUE e art. 5 TCE), non emerge un espresso riferimento alla sussidiarietà orizzontale, ma come sottolinea il curatore dell'opera (pp. 40-44), per comprendere le potenzialità della sussidiarietà nella UE, bisognerebbe inquadrarla alla luce della concezione etico-politica che Jacques Delors ha enunciato prima di Maastricht; da ciò deriva che la sussidiarietà si applica a due ordini differenti di problemi, da un lato delimitando la sfera privata da quella dello Stato e del pubblico, dall'altro la ripartizione dei compiti tra i differenti livelli di poteri pubblici. Da questa interpretazione discende da un lato, che il principio promuove la libertà e l'autonomia della persona, nonché quella dei soggetti organizzati, delimitando la sfera dell'intervento pubblico, dall'altro ripartisce i poteri tra i diversi livelli di governo, in un ventaglio che va dalle municipalità fino all'Unione europea.

Coerente si pone tale impostazione in tutto il percorso dell'opera che si struttura in due parti: la prima composta di cinque saggi, concernenti i profili istituzionali dalla comunità economica alla comunità politica, la seconda riguardante i profili economici, percorsi dal mercato comune all'unione economica, a cui sono dedicati ben sei saggi. Nella prima parte dedicata all'esame dell'evoluzione dei trattati costitutivi e modificativi dell'Ue (U. Draetta, pp. 87-104), l'attenzione viene rivolta al valore delle riforme istituzionali; si tratta di un'indagine non soltanto descrittiva degli aspetti istituzionali ma soprattutto valutativa nel contesto di crescita integrata di uno spazio europeo che deve garantire principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e dei diritti fondamentali. Le istituzioni pertanto debbono farsi garanti di questi principi e solo realizzando concreti equilibri tra le stesse può giustificarsi un alto grado di democraticità dell'Unione.

Sotto tale profilo ben si colloca il secondo saggio (F. Cerniglia e A. Santini, pp. 105-161) volto ad evidenziare come l'attuale rapporto Consiglio-Parlamento europeo lascia perplessità, in ordine agli equilibri istituzionali, considerato che la procedura di codecisione (che riconosce al Parlamento un diritto di veto su questioni di particolare importanza) non si applica ancora a

tutte le decisioni legislative. Anche se il Trattato di Nizza ha preso atto di tale riflesso, permangono ombre di democraticità, in relazione alla prevalenza della regola dell'unanimità per le decisioni in seno al Consiglio con la conseguenza che interessi particolari di un singolo Stato membro possono paralizzare la realizzazione di interessi comuni. Viene, inoltre, evidenziato (pp. 129-156) come l'adozione del criterio del peso democratico per la ponderazione dei voti in Consiglio, in un'Europa allargata, necessita di un correttivo, raggiunto in parte nel vertice di Nizza che ha previsto una modifica sostanziale alla distribuzione dei voti innalzando così il *quorum* necessario per raggiungere la maggioranza qualificata; tale soluzione risulta peraltro provvisoria ed ancora *sub iudice* in occasione della conferenza intergovernativa del corrente biennio 2003-2004.

Il saggio successivo (N. Parisi, pp. 161-170), raccogliendo le premesse sul valore attuale degli equilibri istituzionali individua nei principi strutturali dell'UE (principio di sussidiarietà, di leale collaborazione e mutuo riconoscimento) la base di partenza di una costituzione, necessariamente da individuarsi come sostanziale, prima che formale. Interessante pertanto appare il saggio sul rapporto Costituzione europea e Carta dei diritti fondamentali, (M. A. Cabiddu, pp. 177-208) che - coordinato con il saggio sull'impatto dei principi fondamentali negli ordinamenti giuridici nazionali (D. Rinoldi, pp. 209-225) - offrono una prospettiva dinamica del principio di sussidiarietà sia verticale, ma ancor di più orizzontale volta a realizzare una forte coesione sociale.

Dritti dell'uomo, libertà, democrazia e stato di diritto si pongono come premesse per il raggiungimento di una coesione sociale, che trova il *prius* giuridico sostanziale nella stessa Carta dei diritti fondamentali, ove il concetto di sovranità si spoglia del significato giuridico restrittivamente inteso, ma assume una connotazione di valori comuni volta a garantire un'unione di e tra popoli e non soltanto un'unione di Stati. Valori comuni, anche di matrice economica, vengono esaltati sia direttamente nella Carta sia indirettamente come effetto dell'integrazione di principi che valorizzano l'*homo economicus* nel suo dinamismo, all'interno di uno spazio giuridico europeo. Il riconoscimento dei diritti, o meglio ancora la tutela degli stessi, all'interno dello stesso spazio europeo, e quindi all'interno della Carta, non vanno letti come alternativi alle tutele statuali, anzi mediante l'applicazione del principio di sussidiarietà e mediante l'attività delle Alte corti, la tutela europea si pone come complementare, integrativa e alcune volte sostitutiva della stessa nazionale.

Se nella prima parte dell'opera qui recensita viene tracciato un profilo di costituzione basata sull'equilibrio tra le istituzioni e tutela dei diritti, nella seconda, il percorso individua gli elementi caratterizzanti una costituzione economica che va dissociata per certi versi dagli spazi della politica nazionale dei singoli Stati. L'integrazione economica, pertanto, non deve porsi come l'effetto di singole politiche nazionali in quanto - come viene rilevato nel primo

saggio (S. Beretta - C. Beretta - G. Meronzi, pp. 235-287) – il prevalere delle istanze di una sovranità nazionale potrebbe portare all'involuzione del processo, verso la disintegrazione, contraria all'impostazione di uno spazio economico unitario. Uno dei settori giuridici in cui le istanze statali limitano il prefigurarsi di una completa integrazione economico è quello concernente la politica fiscale, che, si presenta quale risultato di un' "armonizzazione" derivante dal rispetto del patto di stabilità da parte dei singoli Stati, e non quale effetto di un accentramento come invece deriva per la politica monetaria, affidata alla Banca centrale europea.

A causa di tale "scollatura" che riflette un modello non completamente federale (M. Losanni - P. Natale - P. Tirelli, pp. 287-344), conseguente anche dai limiti procedurali delle istituzioni in relazione al settore fiscale, basti pensare alla complessità della procedura di cui all'art. 93 del Trattato fondante dell'Unione che richiede per l'appunto la deliberazione all'unanimità da parte del Consiglio su proposta della Commissione previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico. Nel concetto di costituzione economica delineato nell'opera, il progresso economico non si limita ad una politica fiscale che guarda soltanto alle imprese, poichè le politiche previdenziali, le politiche del lavoro e le politiche per la famiglia (L. Campiglio - F. Timpano, pp. 395- 430) contribuiscono al rafforzamento della coesione sociale che precede e integra uno spazio macroeconomico europeo. In tale spazio economico il ruolo di garante degli equilibri economici non può che essere affidato ad una chiara disciplina della concorrenza (G. Colangelo, pp. 431-474), volta ad evitare situazioni oligopolistiche provvenienti, a volte, in via indiretta, anche dagli aiuti di Stato.

A conclusione di questo percorso logico, non potevano mancare delle considerazioni contenute nell'ultimo saggio (M. A. Maggioni e A. Bramanti, pp. 475-520) sulla valorizzazione delle aree regionali che proposte come integrate per effetto della "leva" del principio di sussidiarietà evitano eventuali effetti polarizzanti. In una fase di costituzionalizzazione opere del genere di quelle qui recensite rappresentano un prezioso punto di riferimento, nella valutazione dell'utilità di una costituzione intesa quale "*lex fundamentalis*", ossia fonte sovraordinata, autonoma nella protezione dei diritti, rispetto al necessario e attuale supporto costituzionale statale. Certamente l'eventuale costituzionalizzazione del Trattato porrà un *distinguo* politico-giuridico rispetto al persistente assetto normativo, *distinguo* che *non si* individua dal punto di vista dei contenuti di *governance economica* nella parte III del progetto, rispetto al modello attuale, ben individuato nell'opera in esame e definito Costituzione sostanziale. Siffatto profilo però non va inteso come giudizio di mera ricognizione dell'esistente unionistico e comunitario, perché diverso e l'effetto politico che ne scaturisce, tra la scelta di un modello (costituzione formale) o di un altro (costituzione materiale) anzi, come emerge dalla stessa opera, me-

dianche la costituzionalizzazione del principio di coesione sociale, e mediante il riconoscimento del valore giuridico-vincolante della carta dei diritti fondamentali è possibile realizzare uno spazio giuridico *multilevel* di libero sviluppo economico in cui i contenuti dei diritti economici vengono integrati e reinterpretati in chiave sistematica euro-costituzionale.

Francesco Buonomenna

Klaus Tim Bröcker – Christian Crychowski – Detmar Schäfer, *Praxis-handbuch Geistiges Eigentum im Internet. Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, angrenzende Rechtsgebiete*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, pp. XL-973, € 88,00.

Questo manuale pratico dedicato al diritto della proprietà intellettuale e industriale veicolato dalla rete internet risulta espressamente indirizzato ad un pubblico di professionisti legali del mondo forense e di impresa. Avvocati sono infatti i tre coordinatori nonché i numerosi coordinatori di settore, in prevalenza appartenenti al foro berlinese, nonché ad altri distretti giudiziari della Repubblica federale tedesca (Brema, Postdam, Monaco, Düsseldorf). La possibilità di elaborare un manuale pratico di dimensioni così ampie deriva dallo stato avanzato della legislazione tedesca sul diritto costituzionale e pubblico dell'informazione e comunicazione, ma ancor più, della normativa comunitaria sul diritto commerciale e contrattuale concernente i servizi elettronici, la firma digitale ed i relativi settori connessi.

In tale prospettiva gli autori rivendicano il carattere classico del diritto di *internet* inquadrato nelle categorie storiche dei diritti di proprietà sui beni a contenuto intellettuale facenti capo a soggetti singoli o organizzati in forma di impresa. L'opera preceduta da ampi indici si articola in tre parti rispettivamente dedicate agli aspetti introduttivi e generali (pp. 1-291) ed a quelli particolari (pp. 293-839), ed una parte finale espressamente dedicata al diritto dei contratti. Malgrado tale impostazione prevalentemente privatistica e commerciale il cultore del diritto pubblico comunitario europeo non può non leggere con interesse il presente volume finalizzato all'esame del diritto di *internet* nell'ottica della "responsabilizzazione" dei produttori e degli utenti; la parte più interessante dell'opera, non a caso, è quella dedicata alla sicurezza dei dati dell'intera rete.

Ulteriore elemento di avvicinamento tra la prospettiva pubblicistica e privatistica risulta offerta dalla esposizione dei segni e simboli della comunicazione nell'ottica della difesa degli *status* personali e dei diritti fondamentali della persona (diritto dei nomi o al nome, diritto ai segni distintivi, dei siti e dei prodotti offerti nei siti al libero commercio). In tale ottica personalistica si

spiega anche la trattazione del diritto della concorrenza tra imprese e gruppi di imprese operanti sulla rete. Per le sue stesse finalità pratiche l'opera risulta corredata da ampi riepiloghi, schemi illustrativi, elenchi di categorie di soggetti operanti nel settore, nonché di modelli contrattuali di più ampia consultazione nella prassi degli operatori.

In sede di valutazione finale va segnalata l'estrema utilità dell'opera per tutti gli operatori professionali nelle relazioni fra giuristi italiani e tedeschi, sia sotto il profilo del diritto applicabile, sia sotto il profilo del riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri (pp. 63-165), altrettanto interesse va segnalato per i cultori del diritto comunitario per i quali potrà risultare forse sorprendente la reinterpretazione del medesimo come "diritto classico" in contrasto con la sua ordinaria presentazione in termini di "nuovo diritto". Infine per i cultori dei rapporti del diritto costituzionale della comunicazione, al doppio livello del diritto statale e del diritto regionale, un'opera del genere offre utili elementi di riflessione nel contesto della internazionalizzazione ed europeizzazione (pp. 631 ss.). Conclusivamente trattasi di un'opera destinata a rendere un grande servizio pratico ai professionisti legali ed ai consulenti di impresa, ma anche ai costituzionalisti puri, disposti a ripensare le strutture economiche di mercato in cui opera la "nuova" costituzione del grande spazio giuridico europeo.

Mario Panebianco

ARTICOLI

LA REVISIONE A MEDIO TERMINE DELLA PAC NEL REGOLAMENTO N. 1782/2003 E SUA ATTUAZIONE IN ITALIA: PROSEGUE IL PROCESSO DI RIFORMA TRA ALLARGAMENTO E NEGOZIATI WTO

Sommario: 1. *Il nuovo quadro normativo comunitario* - 2. *Le ragioni della recente riforma nell'evoluzione della PAC* - 2.1 *La Politica dei mercati* - 2.2 *La riforma del 1992* - 2.3 *Gli accordi sull'Uruguay Round e il Trattato di Marrakech* - 2.4 *La riforma del 1999* - 3. *Il nuovo regolamento "orizzontale" sulla Pac* - 3.1 *Il disaccoppiamento* - 3.1.1 *Le finalità* - 3.1.2 *I beneficiari* - 3.1.3 *Il diritto all'aiuto* - 3.1.4 *Data di applicabilità e deroghe (periodo transitorio, disaccoppiamento parziale, esclusioni facoltative, regionalizzazione)* - 3.2 *La condizionalità* - 3.2.1 *Le sanzioni* - 3.2.2 *Il S.I.G.C.* - 3.3 *La modulazione dinamica e la degressività* - 3.4 *La consulenza aziendale in agricoltura* - 3.5 *Le misure settoriali* - 3.6 *L'ampliamento dell'Unione* - 3.7 *L'attuazione della riforma in Italia* - 3.8 *Considerazioni conclusive.*

1. Il nuovo quadro normativo comunitario

In occasione del Consiglio europeo di Berlino del marzo 1999, gli Stati membri hanno raggiunto un accordo globale sulle proposte della Commissione contenute in Agenda 2000¹, avviando sensibili riforme nel settore della Politica agricola comune (Pac), dei Fondi strutturali destinati alla coesione economica e sociale, e adottando le opportune deliberazioni finanziarie "ante" e "post" adesione a favore dell'ampliamento della Comunità².

¹ Comunicazione della Commissione europea del 15 luglio 1997, *Agenda 2000: per un'Unione più ampia e più forte*, Com (1997) 2000 def.

² Gli strumenti finanziari per il periodo 2000-2004 destinati dalla Comunità ai Paesi dell'Europa centro-orientale (Peco) sono: Ispa (aiuti strutturali di preadesione, principalmente nei settori ambiente e trasporti) per 1.040 ml di euro l'anno; Sapard (aiuti di preadesione in agricoltura, nei settori della trasformazione, commercializzazione e tutela della qualità dei prodotti) per 520 ml di euro l'anno; Phare (aiuti per il potenziamento delle istituzioni e dell'efficienza amministrativa) per 1.560 ml di euro l'anno.

L'intero pacchetto finanziario è stato inserito nella programmazione pluriennale 2000-2006, frutto della negoziazione tra Stati e Commissione del rigoroso quadro economico e finanziario che ha accompagnato le riforme³.

Al tempo stesso, il Consiglio europeo ha incaricato la Commissione di elaborare proposte per una revisione a medio termine della Pac entro il 2002, che sono state formulate nella comunicazione del 10 luglio 2002⁴ del Commissario all'agricoltura Fischler al Consiglio e al Parlamento europeo.

La proposta della Commissione del 23 gennaio 2003, seguita alla comunicazione, ha suggerito l'adozione di sette regolamenti di riforma; il difficile negoziato che ne è derivato si è risolto il 26 giugno 2003 nell'accordo politico tra gli Stati membri noto come Compromesso di Lussemburgo⁵.

Il disegno riformatore della Commissione, scaturito dalla revisione a medio termine della Pac, ha in parte sorpreso non tanto per le tipologie d'intervento proposte, trattandosi di soluzioni già ampiamente prospettate in Agenda 2000 e oggetto di considerazione fin dalla riforma Mac Sharry del 1992, quanto per la decisa prosecuzione della vicina riforma del 1999. La proposta, infatti, è inaspettatamente sopravvenuta in occasione di un passaggio che avrebbe dovuto essere di mera verifica e valutazione, ma i cui esiti sembrano essere stati sottovalutati dal Consiglio e dal Parlamento europeo⁶.

L'adozione formale dei sette regolamenti da parte del Consiglio, al termine della procedura di consultazione, è avvenuta il 29 settembre 2003 con l'introduzione, alla base del rinnovato quadro normativo agricolo, dei seguenti regolamenti:

Malta, Cipro e la Turchia beneficiano di strumenti a parte. Il Consiglio europeo di Copenaghen del dicembre 2002 ha precisato le risorse per il periodo di postadesione 2004-2006 in 21,7 mld di euro tra finanziamenti strutturali e Fondo di coesione, destinati a 8 Peco (l'adesione di Romania e Bulgaria è stata rinviata almeno fino al 2007), oltre a Malta e a Cipro.

³ Per garantire il finanziamento del quadro economico 2000-2006, la Comunità ha modificato il proprio sistema di approvvigionamento finanziario con la decisione n. 2000/597/Ce, Euratom del Consiglio del 29 settembre 2000 relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee, in *Guce* n. L 253 del 7 ottobre 2000, p. 42. Le "risorse proprie" costituiscono l'autonomo sistema (rispetto ai contributi diretti nazionali) con cui le Comunità finanziano il proprio bilancio dal 1970. Già profondamente riformate nel 1988, le risorse proprie poggiano su quattro pilastri: 1. prelievi (dazi) agricoli; 2. dazi doganali; 3. aliquota fissa su base imponibile IVA riscossa dagli Stati; 4. aliquota variabile su base imponibile PNL di tutti gli Stati. Per il periodo 2000-2006 il massimale delle risorse proprie è stato mantenuto all'1,27% del PNL comunitario.

⁴ Comunicazione della Commissione, *Revisione intermedia della politica agricola comune*, Com (2002) 394.

⁵ Sessione n. 2516 del Consiglio «Agricoltura e Pesca», Presse: 164 - n. 10272/03, p. 6.

⁶ Si veda, Segretariato generale del Consiglio, Nota punto "A" del 12 dicembre 2002 (13.12), n. 15579/02, p. 3: «(...) varie delegazioni ritengono che l'orientamento formulato [dalla Commissione, n.d.a.] oltrepassi il mandato di Berlino di procedere ad un bilancio tecnico e non sia giustificato né da un punto di vista finanziario né da condizioni di mercato»; Parlamento europeo, *Risoluzione sulla revisione intermedia della politica agricola comune*, del 7 novembre 2002, punti 5 e 7 [P5-TA (2002) 0532], in cui il Parlamento appoggia il principio del disaccoppiamento ma solo parzialmente, mentre la Commissione lo richiede totale in quasi tutti i settori produttivi.

- regolamento (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003⁷ che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e che modifica i regolamenti (Cee) n. 1019/93, (Ce) n. 1452/2001, (Ce) n. 1453/2001, (Ce) n. 1454/2001, (Ce) n. 1868/94, (Ce) n. 1251/1999, (Ce) n. 1254/1999, (Ce) n. 1673/2000, (Cee) n. 2358/71 e (Ce) n. 2529/2001;

- regolamento (Ce) n. 1783/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003⁸ che modifica il regolamento (Ce) n. 1257/1999 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (FEAOG);

- regolamento (Ce) n. 1784/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003⁹ relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei cereali;

- regolamento (Ce) n. 1785/2003 del Consiglio del 23 settembre 2003¹⁰ relativo all'organizzazione comune del mercato del riso;

- regolamento (Ce) n. 1786/2003 del Consiglio del 23 settembre 2003¹¹ relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei foraggi essiccati;

- regolamento (Ce) n. 1787/2003 del Consiglio del 23 settembre 2003¹² relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del latte e dei prodotti lattiero caseari;

- regolamento (Ce) n. 1788/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003¹³ che stabilisce un prelievo nel settore del latte e dei prodotti lattiero caseari.

Ad integrazione del quadro, in occasione del Consiglio di Lussemburgo del giugno 2003, la Commissione è stata incaricata di elaborare proposte nei settori delle produzioni mediterranee, concretizzatesi nel regolamento (Ce) n. 864/2004¹⁴ del Consiglio, del 29 aprile 2004, a modifica del regolamento n. 1782/2003, risultato così ampliato ai settori del tabacco, dell'olio d'oliva, del cotone e dello zucchero; nonché, passando all'ambito settoriale, nel regolamento (Ce) n. 865/2004¹⁵ del Consiglio del 29 aprile 2004, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dell'olio di oliva e delle olive da tavola e recante modifica del regolamento (Cee) n. 827/68.

⁷ In *Gu-Ue* n. L 270 del 21 ottobre 2003, p. 1; modificato dal regolamento (Ce) n. 583/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, in *Gu-Ue* n. L 91 del 30 marzo 2004, p. 1; e da ultimo, dal regolamento (Ce) n. 864/2004 del Consiglio, del 29 aprile 2004, in *Gu-Ue* n. L 161 del 30 aprile 2004, p. 48.

⁸ *Ibidem*, p. 70.

⁹ *Ibidem*, p. 78.

¹⁰ *Ibidem*, p. 96.

¹¹ *Ibidem*, p. 114, modificato dal regolamento (Ce) n. 583/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004 (cfr. riferimenti in nota n. 7).

¹² *Ibidem*, p. 121.

¹³ *Ibidem*, p. 123.

¹⁴ Cfr. riferimenti in nota n.7.

¹⁵ In *Gu-Ue* n. L 161 del 30 aprile 2004, p. 97.

Senza soffermarsi sull'effettiva natura della nuova normativa, ovvero se costituisca vera e autonoma riforma piuttosto che semplice revisione integrativa di quella del 1999, appare evidente che la Commissione ha saputo cogliere l'opportunità per proporre con successo al Consiglio una radicale reimpostazione del sistema degli aiuti diretti all'agricoltura, accompagnata dal rafforzamento dello sviluppo rurale e da mirati interventi in alcune tra le più sensibili Organizzazioni comuni di mercato (Ocm).

Prima di esaminare le disposizioni maggiormente significative del regolamento "orizzontale" n. 1782/2003¹⁶ e, con esse, le necessarie norme comunitarie e nazionali di attuazione, cui il presente commento si limita senza alcuna pretesa di esaustività, è forse utile ripercorrere brevemente il progressivo sviluppo della Pac e inquadrare, in tale contesto evolutivo, le recenti novità normative e le motivazioni all'origine della loro introduzione.

2. Le ragioni della recente riforma nell'evoluzione della Pac

È il Trattato di Roma all'art. 37 (ex art. 43), a prevedere espressamente l'istituzione di una Pac, affermandone al contempo, nell'art. 32 (ex art. 38), la sua specificità rispetto ai principi e alle norme generali disciplinanti il mercato comune¹⁷.

Se in un primo momento il commercio dei prodotti agricoli può apparire ricompreso nel più ampio alveo del mercato comune, l'art. 32, par. 2, precisa che le norme generali per l'instaurazione del mercato comune sono applicabili ai prodotti agricoli solo «salvo contrarie disposizioni degli articoli da 33 a 38 inclusi».

Si tratta di una dichiarazione di specificità del settore agricolo, che trova ulteriore conferma nella previsione dell'art. 36 (ex art. 42) in materia di applicazione delle regole di concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli, ammesse «(...) soltanto nella misura determinata dal Consiglio»¹⁸; a tale proposito, si ricorda, per inciso, che la materia degli aiuti di Sta-

¹⁶ Il regolamento n. 1782/2003 si definisce "orizzontale" poiché contiene misure, in parte, valide per tutti i comparti agricoli, a differenza degli altri regolamenti citati che riguardano "verticalmente" specifiche Ocm.

¹⁷ Si vedano: C. ROTH - S. CAZES, *La politique agricole commune - Fondement du développement rural durable*, Paris, Editions A. Pedone, 1997, p. 15-48; F. GENCARELLI, *La Politique agricole commune et les autres politiques communautaires: la nouvelle frontière*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, p. 173.

¹⁸ Per un approfondimento sulla specificità del diritto comune europeo dell'agricoltura e del rapporto tra regole di concorrenza e agricoltura, vedasi A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE, *La disciplina comunitaria ed internazionale del mercato dei prodotti agricoli*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 67 ss.

to in agricoltura è stata innovata con l'adozione da parte della Commissione del regolamento n. 1/2004¹⁹.

La ragione dello speciale trattamento normativo, ancora oggi riservato al comparto agricolo, risiede nelle finalità della Pac esposte nell'art. 33 (ex art. 39), che è rimasto invariato dall'originario testo del 1958.

Restano principi d'attualità, pertanto, la tutela della produzione agricola, la garanzia di un tenore di vita equo per i produttori, la stabilizzazione dei mercati, la certezza degli approvvigionamenti, la garanzia, infine, della ragionevolezza dei prezzi per i consumatori.

A poco rileva che si tratti di obiettivi in parte contrastanti tra loro, a condizione che le istituzioni comunitarie impegnate nella loro realizzazione sappiano garantire il «(...) temperamento permanente che può essere richiesto da eventuali contraddizioni tra detti scopi (...)»²⁰.

Ciò ha consentito il graduale cambiamento delle priorità della Pac e l'adattamento dei relativi strumenti alle nuove esigenze di tutela ambientale, di qualità dei prodotti, e di trasferimento dei costi della Pac dal consumatore al bilancio pubblico.

2.1 La Politica dei mercati

La chiave di volta del sistema poggia sull'art. 34 (ex art. 40) in base al quale è stata istituita un'*Organizzazione comune* dei mercati agricoli, in sostituzione delle organizzazioni nazionali (art. 37, par. 2 e 3). Essa risponde al principio dell'*unicità dei mercati agricoli*, che comporta la fissazione del prezzo dei prodotti e la ripartizione del mercato in *Organizzazioni comuni di mercato* (Ocm) specifiche per ogni settore di produzione²¹. Scopo delle Ocm è la gestione e l'orientamento degli scambi nei singoli comparti produttivi.

Sulle Ocm, infatti, si è fondata dal 1962 una *politica dei mercati* che, per garantire un reddito equo ai produttori, ha sostenuto *la produzione* tramite la fissazione dei prezzi dei prodotti agricoli²², stabilendo annualmente, con re-

¹⁹ Regolamento (Ce) n. 1/2004 della Commissione del 23 dicembre 2003 relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli, in *Gu-Ue* n. L 1 del 3 gennaio 2004, p. 1.

²⁰ In tal senso, ed è principio consolidato, si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza 11 marzo 1987 in causa n. 265/85, *Van den Bergh en Jurgens c. Commissione*, in *Raccolta*, 1987, p. 1155, punto n. 20.

²¹ Le Ocm coinvolgono circa il 90% della produzione agricola comunitaria, rispettivamente nei settori: cereali, carni suine, uova e pollame, ortofrutticoli, banane, vino, prodotti lattiero-caseari, carni bovine, riso, grassi (compresi olio d'oliva e semi oleosi), zucchero, floricoltura, foraggi essiccati, ortofrutticoli trasformati, tabacco, lino e canapa, luppulo, sementi, carni ovine e caprine. Non rientrano in Ocm le patate, e l'alcole.

²² Ciò a causa della rigidità del sistema produttivo agricolo, che impedendo agli agricoltori di variare tempestivamente l'offerta in funzione della domanda, non consente loro di influire sul prezzo dei prodotti (ruolo di *price taker* rispetto al mercato).

lamento del Consiglio, il *prezzo indicativo* dei prodotti e, in funzione di questo, il *prezzo di entrata* e quello di *intervento*²³. Il mercato agricolo è così divenuto un mercato amministrato, sottratto da un lato alla libera concorrenza intesa quale incontro tra domanda e offerta per la determinazione del prezzo del prodotto²⁴, e costretto dall'altro all'adozione di meccanismi compensativi per stabilizzare artificiosamente i tassi di cambio (non fissi) tra le monete dei vari Stati membri²⁵.

Più precisamente, il *prezzo indicativo* corrisponde al prezzo *obiettivo* del mercato (prezzo di equilibrio), al quale si ritiene sia garantita l'equità del reddito dei produttori (il che è già di per sé difficilmente compatibile con la tutela degli interessi dei consumatori), e da cui discendono direttamente le altre due tipologie di prezzo:

- il *prezzo di entrata*, che tutela i produttori comunitari dalla concorrenza dei produttori dei Paesi terzi, operanti sul mercato mondiale a prezzi generalmente più bassi di quelli praticati nel mercato comunitario (maggiori poiché amministrati in funzione delle esigenze di reddito dei produttori). Circo- stanza, questa, che ha comportato l'applicazione ai prodotti in entrata sul mercato comunitario di *prelievi variabili all'importazione*, ovvero di oneri (tasse o dazi compensativi), che costringono gli importatori a maggiorare il prezzo del prodotto per recuperare l'onere aggiuntivo, mentre i produttori comunitari sono protetti dal principio della *preferenza comunitaria*²⁶.

Il prezzo di entrata, tuttavia, appartiene ormai al passato, poiché sostituito da dazi doganali ordinari in conformità agli accordi *Gatt*²⁷ dell'Uruguay Round, di cui si dirà in prosieguo;

²³ Si veda R. FANFANI, *Lo sviluppo della politica agricola comunitaria*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1996, II ed., p. 111-192.

²⁴ Per una più ampia trattazione, vedasi F. G. SNYDER, *Diritto agrario della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 93; vedasi in argomento anche F. GENCARELLI, *L'evoluzione del diritto agrario comunitario*, in questa *Rivista*, 2000, p. 231; A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE, *La disciplina comunitaria ed internazionale*, cit. *supra*, nota 18, p. 191-250.

²⁵ Il sistema degli *Importi compensativi monetari* (ICM), o *Montanti compensativi*, è stato introdotto nel 1971 (regolamento n. 974/71) con la funzione di garantire l'unicità dei prezzi agricoli nei vari Stati membri. Consisteva nell'applicazione di tasse o sovvenzioni agli scambi agricoli per mantenere l'equilibrio dei mercati basati su prezzi fissi, in presenza di monete forti e monete deboli e in assenza di cambi fissi. Di conseguenza gli ICM per i Paesi a moneta debole consistevano in tasse sulle esportazioni e sovvenzioni alle importazioni, mentre per quelli a moneta forte in sovvenzioni alle esportazioni e tasse alle importazioni. In realtà gli ICM, aboliti dal 1° gennaio 2003, hanno determinato distorsioni del mercato a vantaggio dei Paesi a moneta forte e gravi discriminazioni in violazione dei principi fondamentali della Comunità.

Per un'analisi puntuale, si veda F. CAPELLI, *Incompatibilità degli importi compensativi monetari con i principi fondamentali che reggono il mercato comune europeo*, in questa *Rivista*, 1985, p. 617.

²⁶ È il principio che riconosce priorità, negli scambi sul mercato interno, ai prodotti agricoli degli Stati membri rispetto ai prodotti concorrenti provenienti dai Paesi terzi. Il principio è alla base del sistema dei prelievi variabili all'importazione. Vedasi: P. BORGHI, *Preferenza comunitaria, acquis communautaire e nuovi impegni internazionali della Comunità europea in materia agraria*, in *Rivista di diritto agrario*, 2001, p. 19.

²⁷ Il *General agreement on tariffs and trade (Gatt)* è un ente istituito nel 1947, con lo scopo di liberalizzare gli scambi internazionali mediante cicli (*Round*) di negoziazioni multilaterali tra Stati.

- il *prezzo di intervento*, che corrisponde al prezzo a cui gli organismi istituzionali d'intervento della Comunità *acquistano* dai produttori le *produzioni eccedentarie*, allorché il prezzo di mercato scenda al di sotto della soglia stabilita per l'intervento.

Completano il sistema di tutela le *restituzioni alle esportazioni*, vere e proprie sovvenzioni comunitarie ai produttori dei Paesi membri che commercializzano i propri prodotti sul mercato mondiale; sono finalizzate a coprire la differenza esistente tra il prezzo del prodotto corrente sul mercato mondiale e il costo di produzione, con il beneficio finale che i produttori comunitari possono vendere ed espandersi sul mercato mondiale, con gli stessi vantaggi economici che deriverebbero loro dal vendere su quello comunitario.

L'ovvia premessa di questa politica di sostegno al prezzo senza limiti di volume, consiste nel perfetto *accoppiamento tra aiuto e produzione*, con l'esito che gli agricoltori saranno incentivati a produrre non per il mercato, ma per l'interesse di percepire il sostegno finanziario connesso alle singole produzioni. Tutto ciò prescindendo dalla reale capacità di assorbimento del mercato, sostituita dall'allocazione delle eccedenze presso gli organismi d'intervento, nonché da una generalizzata rete di garanzia che limita al massimo ogni rischio imprenditoriale sia sul mercato interno sia su quello internazionale.

Se l'obiettivo originario, conseguente agli sconvolgimenti del secondo conflitto mondiale, era quello di recuperare la capacità produttiva europea per massimizzarla e garantire l'autosufficienza dell'approvvigionamento – salvaguardando al contempo i redditi degli agricoltori – non v'è dubbio che il sistema abbia ben funzionato. Ma fin dai primi anni Settanta²⁸, stabilizzata la produzione, il legislatore comunitario avrebbe dovuto imporre una riforma radicale del sistema, per evitare i prevedibili effetti dannosi del sostegno al prezzo nel lungo periodo. La Comunità, invece, per tentare il contenimento della spesa agricola, si è limitata ad adottare prima di riforme organiche, alcune disposizioni tampone contro le eccedenze: misure di corresponsabilità²⁹; quote fisiche di produzione³⁰; stabilizzatori di bilancio³¹.

È stato trasformato dal Trattato di Marrakech del 1994 nella *World trade organization (Wto)*.

²⁸ Il primo tentativo di riforma della Pac risale al "Piano Mansholt" del 1968, *Memorandum sulla riforma della Pac - Agricoltura 1980*, e prevedeva interventi strutturali per ammodernare le aziende agricole, e la diminuzione delle terre coltivate con l'ausilio di misure di politica regionale.

²⁹ Adottate nel 1977 per il settore lattiero-caseario e nel 1986 per quello cerealicolo, le misure consistevano in prelievi per far partecipare i produttori ai costi sostenuti dalla Comunità per lo smaltimento delle eccedenze.

³⁰ Introdotte nel 1979 per lo zucchero e nel 1984 per il latte. Si tratta di un sistema rigido in base al quale il produttore deve produrre nel limite della quota assegnatagli a livello nazionale, diversamente sarà tenuto al pagamento di prelievi supplementari.

³¹ Adottati nel 1988 relativamente a molte produzioni eccedentarie. Gli stabilizzatori intervenivano automaticamente e progressivamente a ridurre il prezzo di intervento nel momento in cui le produzioni dei beni eccedentari superavano le quantità massime garantite a livello comunitario.

Solo nella comunicazione del luglio 1988³² e, ancora, in Agenda 2000 del luglio 1997, la Commissione ha identificato pienamente i limiti della Pac, così riassumibili:

- l'aumento incontrollato della spesa agricola a carico del bilancio comunitario³³;
- l'elevato prezzo dei prodotti, che costringe la Comunità a una politica protezionistica verso l'esterno;
- l'aumento indiscriminato della produzione, con ampio ricorso alla metodologia colturale intensiva, a detrimento dell'ambiente e della qualità del prodotto³⁴;
- l'impatto sociale, poiché è arduo contemperare l'interesse del produttore con quello del consumatore.

2.2 La riforma del 1992

Nel 1992 e nel 1999, quindi, la Commissione ha messo mano alle riforme³⁵ della Pac, destinate in parte al contenimento, in parte al riorientamento della spesa agricola.

Al contempo, è stata integrata e rafforzata la seconda linea d'azione della Pac, la *Politica delle strutture*³⁶. Economicamente meno rilevante (assorbe circa il 10% degli stanziamenti agricoli), tale azione si è però evoluta nella più complessa e articolata politica di *sviluppo rurale*, oggi vero e proprio *secondo pilastro* su cui si regge l'agricoltura comune³⁷.

³² Comunicazione della Commissione del 9 novembre 1988, *L'avvenire del mondo rurale*, Com (1988) 501 def., cui hanno fatto seguito la comunicazione *Evoluzione e futuro della Pac*, Com (1991) 100 def., e la comunicazione *Evoluzione e futuro della politica agraria comune*, Com (1991) 258 def.

³³ Nelle prospettive finanziarie 2000-2006, la quota di pertinenza della Pac per il 2001 è del 47%, a decrescere negli anni successivi (Fonte: Commissione europea, *La politica agricola comune - Sintesi 2001*, ISSN 1681-7222, p. 18). La Pac è finanziata dalle risorse del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (Feaog), nel rispetto del principio di *solidarietà finanziaria* (ovvero spese a carico del bilancio CE). Il Feaog si ripartisce in due sezioni: 1. sezione *Garanzia* che finanzia la *Politica dei mercati*, e sostiene le spese per le restituzioni alle esportazioni e per l'intero sistema di intervento. Dalla riforma del 1992 il Feaog-G finanzia anche gli aiuti diretti, il *set-aside*, e altre misure di tipo ambientale. La riforma del 1999 ne ha ulteriormente ampliato le competenze alle misure di accompagnamento del 1992 (su tutto il territorio comunitario) e alle misure rurali (nelle zone fuori Obiettivo 1 dei Fondi strutturali); 2. la sezione *Orientamento* che finanzia la *Politica strutturale* della Pac, con interventi di ammodernamento strutturale delle aziende nonché con aiuti alle misure rurali (nelle zone Obiettivo 1).

³⁴ Si veda sul punto: F. CAPELLI, *Suggerimenti per una proposta di riforma della regolamentazione agricola comunitaria ai fini del miglioramento della protezione ambientale*, in questa Rivista, 1987, p. 563.

³⁵ Si veda: J. BOURRINET, *Réflexions sur l'avenir de la politique agricole commune (PAC) de l'Union européenne*, RMCUE, n. 449/2001, p. 365.

³⁶ La *politica delle strutture* è a carico del Feaog-Orientamento, e persegue il miglioramento delle infrastrutture delle aziende agricole, complementare alle finalità della Pac di cui all'art. 33 (ex art. 39) del Trattato. Per approfondire la nozione di «struttura agricola», vedasi A. GERMANO - E. ROOK BASILE, *La disciplina comunitaria ed internazionale*, cit. supra, nota 18, p. 94-98.

³⁷ La *politica dei mercati* rimane il *primo pilastro*.

In particolare, nel 1992 la Comunità è intervenuta per regolamentare la produzione, da un lato diminuendo i prezzi d'intervento di talune produzioni (cereali e carne bovina) e sopperendo al minor reddito con *aiuti diretti* a carattere compensativo ai produttori (pagamenti per ettaro e premi per capo); dall'altro subordinando la concessione dell'aiuto alla messa a riposo obbligatoria di una parte della superficie coltivabile (*set-aside*).

In parallelo, la riforma ha istituito misure di accompagnamento a carattere strutturale, destinate a favorire metodi colturali agroambientali, a incoraggiare la silvicoltura sui terreni agricoli e a incentivare il prepensionamento degli addetti all'agricoltura³⁸.

È in occasione della riforma del 1992 che inizia a prendere corpo il concetto di *disaccoppiamento* tra aiuto (tramite sostegno al prezzo) e quantità prodotta, anche se i pagamenti compensativi introdotti in risposta alla riduzione, compensata al 100%, dei prezzi d'intervento, hanno vanificato gli effetti auspicati in termini di contenimento della spesa.

2.3 *Gli accordi sull'Uruguay Round e il Trattato di Marrakech*

Al di là dell'effettivo impatto benefico della riforma sui conti comunitari, va riconosciuto a Mac Sharry il merito di aver individuato la giusta via per concludere positivamente le negoziazioni *Gatt* e imporre il riconoscimento del modello europeo riformato di Pac.

L'accordo sull'Uruguay Round (1986-1993)³⁹, che ha condotto alla stipula del Trattato di Marrakech⁴⁰ il 15 aprile 1994, molto deve in materia agricola al pre-accordo di Blair-House a Washington del novembre 1992 tra Cee e Usa. Qui, l'accusa statunitense alla Pac di mantenere pratiche anticoncorrenziali mediante il sostegno ai prezzi veniva in parte respinta grazie alla neo-riforma Mac Sharry di parziale disaccoppiamento tra sovvenzioni e produzione, con

³⁸ Regolamento (Cee) n. 2078/92 del Consiglio del 30 giugno 1992 relativo a metodi di produzione agricola compatibili con le esigenze di protezione dell'ambiente e con la cura dello spazio naturale, in *Guce* n. L 215 del 30 luglio 1992, p. 85; regolamento (Cee) n. 2079/92 del Consiglio del 30 giugno 1992 che istituisce un regime comunitario di aiuti al prepensionamento in agricoltura, in *Guce* n. L 215 del 30 luglio 1992, p. 215; regolamento (Cee) n. 2080/92 del Consiglio, del 30 giugno 1992, che istituisce un regime comunitario di aiuti alle misure forestali nel settore agricolo, in *Guce* n. L 215 del 30 luglio 1992, p. 96; (abrogati).

³⁹ I precedenti *Round* del *Gatt* avevano affrontato aspetti legati, di volta in volta, a far accettare ai membri del *Gatt* i principi guida della Pac (*Dillon Round*, 1960-1961); ad ammettere un mercato agricolo basato sulle Ocm pur con gli effetti distorsivi che comporta (*Kennedy Round* 1963-1967); alla difesa della Pac dalle critiche provenienti in particolare dagli Usa (*Tokyo Round*, 1973-1978). È solo in occasione dell'Uruguay Round che la questione agricola viene affrontata con decisione, dopo le accuse statunitensi alla Comunità di realizzare pratiche concorrenziali sleali.

⁴⁰ In argomento, si vedano: S. VENTURA, *Incidenza degli accordi di Marrakech sulla politica agricola comune*, in questa *Rivista*, 1995, p. 759; F. MENEGAZZI MUNARI, *Il mercato interno europeo e le nuove regole del commercio internazionale di prodotti agricoli*, in questa *Rivista*, 1998, p. 249; P. BAUDIN, *La politique agricole commune, élargissement et aides directes*, RMCUE, n. 460/2002, p. 425.

contestuale riduzione dei prezzi, finalizzata anche al rilancio del consumo interno (sistema, peraltro, non criticabile, poiché in linea con il modello agricolo americano).

Tra i molteplici effetti prodotti dal Trattato di Marrakech sulla Pac⁴¹, ci si limita qui a ricordarne i principali:

- per migliorare l'*accesso ai mercati* per i prodotti d'importazione, i *prelievi variabili* sulle importazioni di prodotti agricoli da Paesi terzi sono stati sostituiti da *dazi doganali* inseriti nell'ordinaria Tariffa doganale comune, peraltro da diminuirsi complessivamente del 36% in sei anni.

La conseguente scomparsa del *prezzo di entrata*, pur non privando di protezione il mercato comunitario, ha reso gli oneri facilmente individuabili e ha consentito di mantenere il prezzo del prodotto legato al prezzo corrente sul mercato mondiale, maggiorato del dazio. È da segnalare, inoltre, la presenza negli accordi di una *clausola di salvaguardia speciale* per i prodotti agricoli, che consente l'imposizione di dazi addizionali nel caso in cui la quantità dei prodotti importati o le condizioni d'importazione (per es., i prezzi all'importazione) possano provocare grave pregiudizio ai produttori nazionali.

- per non alimentare pratiche sleali, è stata prevista la riduzione delle *sovvenzioni all'esportazione* del 36% in sei anni.

- per limitare le distorsioni provocate dal sostegno pubblico a favore dei produttori, sono state individuate e disciplinate tre categorie di aiuti in base all'effetto distorsivo prodotto, che dipende dalla misura in cui l'aiuto è legato alla produzione: *amber box*, che ricomprende misure di sostegno altamente distorsive (pagamenti accoppiati alla produzione), da ridursi del 20% in sei anni; *blue box*, che corrisponde al sostegno praticato con pagamenti parzialmente disaccoppiati dalla produzione (è il caso dei pagamenti diretti connessi al ritiro delle terre – *set-aside* – o al possesso di un certo numero di ettari di terra o di capi di bestiame); *green box*, che costituisce il sostegno tramite pagamenti del tutto disaccoppiati dalla produzione (è l'abbandono del sostegno al prezzo e alla produzione).

Sotto quest'ultimo profilo, è evidente che la riforma Mac Sharry, nel trasferire una parte del sostegno dall'*amber box* alla *blue box*, ha opportunamente anticipato le negoziazioni del Gatt.

A ulteriore conferma del buon risultato ottenuto dalla Comunità in quella sede, si cita la *clausola di pace* di cui all'art. 13 dell'accordo sull'agricoltura. Essa prevede che, per nove anni a decorrere dal 1995, gli Stati firmatari non applichino le azioni legali di ritorsione previste dall'accordo Gatt, alle misure

⁴¹ Le misure di attuazione per l'adattamento della Pac agli impegni assunti sono state adottate nel regolamento (Ce) n. 3290/94 del Consiglio, del 22 dicembre 1994, relativo agli adattamenti e alle misure transitorie necessarie nel settore dell'agricoltura per l'attuazione degli accordi conclusi nel quadro dei negoziati commerciali multilaterali dell'Uruguay Round, in *Guce* n. L 349 del 31 dicembre 1994, p. 105.

che l'accordo stesso temporaneamente ha legittimato, benché contrarie alle regole generali del Gatt. Si tratta, a titolo d'esempio, dei sussidi all'esportazione e delle misure di sostegno diretto, che ancor oggi costituiscono parte integrante della Pac.

2.4 *La riforma del 1999*

È nel contesto del rispetto degli impegni assunti e nella prospettiva del nuovo ciclo di negoziati nella Wto, apertosi con la Conferenza ministeriale⁴² di Seattle nel 30 novembre 1999, che va inquadrata la riforma della Pac del 1999⁴³.

Nelle intenzioni della Commissione, la nuova normativa avrebbe dovuto rispondere alle esigenze di completo riassetto della Pac, sia sotto il profilo interno (tramite il contenimento della spesa, l'affermazione di un'agricoltura multifunzionale⁴⁴ opportunamente incentivata, la riorganizzazione della produzione, la tutela dell'ambiente⁴⁵ grazie al recupero delle buone pratiche agricole e all'incentivazione dell'agricoltura estensiva⁴⁶ e biologica, il recupero della qualità del prodotto e della fiducia del consumatore), sia sotto il profilo internazionale (in termini di limitazione degli interventi sul prezzo dei prodotti, di costituzione di una Pac difendibile nei nuovi negoziati agricoli della Wto, di riorganizzazione del sistema in vista dell'approssimarsi dell'ingresso dei nuovi Paesi membri)⁴⁷.

La riforma, in definitiva deludente se paragonata alle proposte di Agenda 2000⁴⁸, conferma, ampliandone la portata, il principio del disaccoppiamento quale principale strumento di riorientamento del mercato e di recupero di

⁴² La Conferenza ministeriale è l'organo decisionale della Wto e si riunisce almeno una volta ogni due anni.

⁴³ Si veda in proposito: F. DE FILIPPIS, *Agenda 2000: le ripercussioni sull'agricoltura europea, i mercati agricoli internazionali e il futuro negoziato Wto*, in Atti del convegno dell'Università di Macerata «La riforma delle politiche agrarie dell'Unione europea», Milano, Giuffrè, 2001, p. 19-33; R. HENKE - M. R. PUPO D'ANDREA - R. SARDONE, *La nuova PAC in Agenda 2000: un'analisi delle principali organizzazioni comuni di mercato*, in *Nuovo diritto agrario*, 1999, p. 381; M. DE BENEDICTIS - F. DE FILIPPIS, *L'intervento pubblico in agricoltura tra vecchio e nuovo paradigma: il caso dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto agrario*, 1999, p. 503.

⁴⁴ Per un approfondimento dell'idea di multifunzionalità dell'azienda agricola, si veda: S. MASINI, *Orientamenti per un'agricoltura multifunzionale*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1999, p. 453.

⁴⁵ Il Trattato di Amsterdam, sottoscritto il 20 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, ha introdotto un preciso obbligo ambientale per la Comunità, impegnata nella promozione di «un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento della qualità di quest'ultimo» (art. 2), da perseguire mediante l'attuazione delle politiche comuni, tra cui quella agricola.

⁴⁶ L'agricoltura estensiva si contrappone a quella intensiva per un minore sfruttamento del suolo.

⁴⁷ Sugli aspetti della riforma del 1999, si veda: L. COSTATO, *Prime considerazioni sulla riforma della Pac del 1999*, in *Rivista di diritto agrario*, 1999, p. 206; S. VENTURA, *Passato, presente e futuro della politica agricola comune*, in questa *Rivista*, 1999, p. 141.

⁴⁸ L'accordo politico raggiunto dagli Stati membri nel Consiglio agricolo del 12 marzo 1999 ha sfumato la portata innovatrice delle proposte della Commissione.

competitività, attuando la graduale diminuzione dei prezzi d'intervento nelle Ocm seminativi e carne bovina.

In particolare, il regolamento "orizzontale" n. 1259/1999⁴⁹:

- introduce i due nuovi principi della condizionalità ambientale (*cross-compliance*) e della modulazione⁵⁰, quali mezzi a disposizione degli Stati membri per migliorare l'efficienza dei pagamenti diretti (ex aiuti compensativi);

- facilita il regime dei pagamenti diretti per le piccole aziende (con aiuti fino ad un massimo di 1.250 Eur/anno), mediante l'introduzione temporanea di un sistema semplificato di calcolo e pagamento disaccoppiato, fondato sugli aiuti storicamente percepiti dalle aziende e subordinato al rispetto delle buone pratiche agronomiche⁵¹.

Completa la riforma il regolamento sullo *sviluppo rurale*⁵² che, in uno sforzo di semplificazione normativa, abroga i precedenti regolamenti del 1992 in tema di misure di accompagnamento, nonché la normativa in materia di miglioramento dell'efficienza delle strutture agricole e di trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli e della silvicoltura, accorpando i medesimi strumenti in un *unico testo* normativo riproposto in chiave semplificata.

Non pare, tuttavia, che l'obiettivo della semplificazione sia stato raggiunto dai successivi regolamenti di attuazione, considerate le complessità procedurali introdotte nell'ambito della gestione della Pac e dello sviluppo rurale⁵³.

Tutto ciò posto, quali ragioni potrebbero aver indotto la Commissione a riproporre con convinzione, agli inizi del 2003, in occasione di quella che avrebbe dovuto essere una semplice revisione a medio termine, un intero *corpus* di strumenti riformatori del mercato, volutamente contingentati dagli Stati membri solo pochi anni prima?

⁴⁹ Regolamento (Ce) n. 1259/1999 del Consiglio del 17 maggio 1999, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune, in *Guce* n. L 160 del 26 giugno 1999, p. 113; modificato dal regolamento n. 1244/2001, in *Guce* n. L 173 del 27 giugno 2001, p. 1. È da notare che il regolamento n. 1259/1999 è stato abrogato con decorrenza 1° maggio 2004 (salvo ulteriori proroghe di vigenza per alcuni articoli) dall'art. 153, par. 4 del regolamento n. 1782/2003.

⁵⁰ I principi di «condizionalità ambientale» e «modulazione» saranno meglio illustrati nel successivo par. 3.

⁵¹ In Italia il regime semplificato è stato attuato con decreto del Ministero delle politiche agricole e forestali del 25 febbraio 2002, in *Guri* n. 53 del 4 marzo 2002. I beneficiari continueranno a percepire l'aiuto semplificato fino al 2005, per poi passare al nuovo sistema di pagamento unico per azienda di cui al regolamento n. 1782/2003. Si veda: D. BIANCHI, *Simplifier la politique agricole comune? C'est possible!*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, p. 51.

⁵² Regolamento (Ce) n. 1257/1999 del Consiglio, del 17 maggio 1999, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG) e che modifica ed abroga taluni regolamenti, in *Guce* n. L 160 del 26 giugno 1999, p. 80; modificato dal regolamento (Ce) n. 583/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004 (cfr. riferimenti in nota n. 7).

⁵³ Il pur apprezzabile intento di decentramento e sussidiarietà, che attribuisce alle Autorità nazionali e regionali un ruolo essenziale nella programmazione, nella realizzazione e nel controllo delle misure d'intervento – ferma restando la negoziazione vincolante dei Piani di sviluppo rurale (PSR) con la Commissione – ha di fatto comportato un aumento delle procedure, con conseguente incremento dei costi di gestione a carico dei produttori e dei costi amministrativi a carico della collettività.

Si individuano essenzialmente tre motivazioni:

1. l'avvertita necessità di completare l'operazione di rilegittimazione della spesa della Pac presso i consumatori e i cittadini, incentivando al contempo la qualità dei prodotti, la tutela ambientale e la libertà d'impresa;

2. la necessità di disporre di un quadro normativo capace di gestire le spese agricole in considerazione dell'allargamento; urgenza connessa all'accelerazione dei negoziati che hanno portato alla stipula, nell'aprile 2003, del Trattato di adesione di otto Peco, di Malta e di Cipro⁵⁴;

3. l'intenzione di agire d'anticipo rispetto alle negoziazioni nella Wto, soprattutto in considerazione del termine d'efficacia della *clausola di pace* che copriva gli aiuti diretti.

Visti gli obiettivi delle negoziazioni avviate alla Conferenza ministeriale di Doha del novembre 2001, da concludersi entro gennaio 2005, il rafforzamento di una Pac che sposti gran parte dei suoi interventi dalla *blue box* alla *green box*, non può che rafforzare la posizione negoziale della Comunità.

Infatti, gli obiettivi indicati a Doha per il settore agricolo, coerentemente all'indirizzo dell'Uruguay Round, proseguono verso l'incremento delle possibilità di accesso ai mercati per le importazioni, unitamente all'ulteriore riduzione dei sussidi alle esportazioni fino alla loro completa eliminazione, e alla riduzione del sostegno interno capace di effetti distorsivi sugli scambi.

Sul punto, la posizione della Comunità, ribadita alla Conferenza ministeriale di Cancùn del settembre 2003, ha portato all'introduzione nell'agenda dei lavori, tra gli altri temi, della tutela delle *denominazioni geografiche d'origine* e del ruolo multifunzionale dell'azienda agricola, da considerarsi non più solo nella sua accezione produttiva ma anche fattore di sviluppo sociale e di presidio del territorio.

Tematiche successivamente riprese nell'ambito del programma di lavoro per lo sviluppo stabilito a Doha, nella decisione adottata dal Consiglio generale della Wto il 1° agosto 2004, che ha rilanciato i lavori nei tre pilastri sensibili per l'agricoltura (sostegno interno, sovvenzioni all'esportazione, accesso ai mercati) dopo il sostanziale fallimento della Conferenza di Cancùn.

3. Il nuovo regolamento "orizzontale" sulla Pac

Nel contesto poc'anzi descritto si inserisce il regolamento orizzontale n. 1782/2003⁵⁵ (di seguito il "regolamento"), nel quale è possibile individuare

⁵⁴ Il Trattato di adesione è stato stipulato ad Atene il 16 aprile 2003 tra i quindici Stati membri dell'Unione e i dieci Paesi candidati, divenuti membri effettivi il 1° maggio 2004.

⁵⁵ Si fa riferimento al testo del regolamento come modificato, da ultimo, dal regolamento n. 864/2004 (cfr. riferimenti in nota n. 7), entrato in vigore il 1° maggio 2004.

vari aspetti innovativi, sebbene in taluni casi depotenziati rispetto alle proposte iniziali della Commissione.

3.1 *Il disaccoppiamento (découplage o decoupling)*

Come accennato in precedenza, il disaccoppiamento è il principio che spezza il legame tra aiuto al produttore e produzione, senza tuttavia privare di sostegno economico l'agricoltore il quale, indipendentemente dal tipo e dalla natura della produzione nonché dalla quantità prodotta, potrà continuare a percepire un aiuto al reddito sotto forma di *pagamento unico* per azienda agricola⁵⁶.

3.1.1 Le finalità. In tal modo si garantisce il produttore, che vedrà salvaguardato il livello minimo di reddito e, al tempo stesso, il consumatore, su cui non sarà più trasferito il costo derivante dalla politica del sostegno al prezzo legato alla produzione.

La maggior parte dei premi e degli aiuti diretti oggi previsti nelle varie Ocm è destinato ad essere sostituito dal *pagamento unico*, con le seguenti finalità:

- sostenere l'azienda agricola in concomitanza delle ulteriori previste diminuzioni dei prezzi di sostegno e di intervento;
- restituire all'azienda il ruolo di libera impresa che agisce, e soprattutto produce, in funzione del mercato e non delle sovvenzioni legate alle specifiche produzioni.

L'ambito di efficacia del disaccoppiamento è pressoché totale, fatta eccezione, come meglio si dirà, per la possibilità concessa agli Stati membri di derogare alla regola generale tramite un *disaccoppiamento parziale* limitato a poche e ben individuate produzioni, oppure tramite l'esenzione di precise tipologie di pagamenti diretti.

3.1.2 I beneficiari. Ai sensi dell'art. 33 del regolamento, sono generalmente ammessi al beneficio del pagamento unico gli agricoltori che già hanno goduto nel periodo di riferimento (ovvero il triennio 2000-2002) della concessione di un aiuto diretto in uno dei regimi di sostegno indicati nell'Allegato VI dello stesso regolamento⁵⁷, oppure che hanno ricevuto in eredità (effettiva o anticipata) un'azienda che rispettava tale requisito.

Possono ugualmente accedere le aziende che pur avendo beneficiato di un aiuto nel periodo di riferimento, abbiano cambiato forma giuridica o denominazione entro il 31 dicembre dell'anno precedente l'anno di entrata in vi-

⁵⁶ Si veda V. ADAM, *Les droits à paiement, une création juridique innovante de la réforme de la politique agricole comune*, RMCUE, n.475/2004, p. 96.

⁵⁷ Ovvero nei seguenti settori: seminativi, patate da feccola, legumi da granella, riso, sementi, carni bovine, latte e prodotti lattiero caseari, carni ovine e caprine, programmi Poseidom, Poseima, Poseican, isole del Mar Egeo e foraggi essiccati; a questi sono stati aggiunti dal regolamento n. 864/2004 i settori inerenti il cotone, l'olio d'oliva, il tabacco e il luppolo.

gore del nuovo regime. Medesimo termine anche per le aziende sottoposte a fusione o a scissione.

Al fine di tutelare gli agricoltori che non posseggono i predetti requisiti⁵⁸ *storici*, garantendo il rispetto dei principi di concorrenza e di parità di trattamento, gli Stati membri potranno utilizzare l'apposita *riserva nazionale di diritti all'aiuto* istituita in conformità all'art. 42⁵⁹.

L'ammontare del pagamento unico cui l'azienda avrà diritto negli anni successivi è calcolato, nel rispetto di un massimale nazionale⁶⁰, in base alla media triennale (2000-2002) del complesso degli aiuti diretti percepiti dall'agricoltore ("importo di riferimento"), salvo trattarsi di agricoltore che abbia iniziato l'attività nel corso del periodo di riferimento: in tal caso, la media è calcolata con riferimento all'anno o agli anni in cui l'attività è stata esercitata.

3.1.3 Il diritto all'aiuto. È da annoverare tra gli aspetti più rilevanti della riforma, la suddivisione dell'importo del pagamento unico in *quote* denominate *diritti all'aiuto*, e suscettibili di trasferimento ad altro agricoltore in via temporanea o definitiva (affitto o cessione), purché nell'ambito dello stesso Stato membro⁶¹.

Sono cedibili in via definitiva tutte le tipologie di diritti all'aiuto, anche quelli *senza terra* di cui si dirà tra poco; mentre l'affitto è consentito solo se insieme ai diritti all'aiuto si trasferisce «un numero equivalente di ettari ammissibili»⁶².

Il sistema di determinazione delle quote dei *diritti all'aiuto* (cfr. art. 43 del regolamento), prevede che l'ammontare del pagamento unico («importo di riferimento») sia diviso per il numero medio triennale di *ettari* che conferivano il diritto agli aiuti diretti nel periodo triennale di riferimento (comprese le

⁵⁸ Si tratta, ai sensi dell'art. 42, degli agricoltori che hanno iniziato l'attività dopo il 31 dicembre 2002, o nel corso del 2002 senza percepire aiuti diretti, oppure che versino in situazioni particolari, definite dalla Commissione europea e dal Comitato di gestione di cui all'art. 144, e formalizzate negli artt. da 19 a 23 del regolamento n. 795/2004 (cfr. riferimenti in nota n. 129).

⁵⁹ Le risorse destinate alla *riserva nazionale* derivano dalla riduzione, non superiore al 3%, del totale nazionale degli importi di riferimento dei diritti all'aiuto, nonché dall'eventuale differenza tra i diritti assegnati e il massimale nazionale a disposizione dello Stato. Altre fonti per la riserva, consistono nella facoltà che l'art. 46, par. 3, attribuisce agli Stati membri di destinare alla riserva una parte dei diritti all'aiuto oggetto di vendita, nonché nella disposizione dell'art. 48, che fa confluire nella riserva i diritti non utilizzati per tre anni. Gli assegnatari di diritti all'aiuto provenienti direttamente dalla riserva nazionale sono assoggettati a un regime normativo più rigido rispetto a quello ordinario, in quanto il non uso dei diritti ne comporta l'automatico ritorno nella riserva e, inoltre, gli stessi non possono essere ceduti a terzi prima che siano decorsi 5 anni dall'assegnazione (cfr. art. 42, par. 8).

⁶⁰ La fissazione del massimale di cui all'art. 41 del regolamento, è indispensabile per garantire il rispetto dei limiti di bilancio; l'allegato VIII al regolamento attribuisce all'Italia i seguenti massimali totali di valore dei diritti all'aiuto (in milioni di Eur): Eur 2.539 per il 2005, Eur 3.112 per il 2006, Eur 3.464 per il 2007-08-09, Eur 3.497 per il 2010 e gli anni successivi. In caso di superamento del massimale assegnato, gli Stati sono tenuti ad una riduzione percentuale lineare dei diritti stessi prima della loro distribuzione ai beneficiari.

⁶¹ Il regolamento ammette che uno Stato membro decida di limitare il trasferimento del diritto all'aiuto all'interno di una stessa regione (art. 46, par. 1, comma 3).

⁶² Cfr. art. 44, par. 2, e art. 46, par. 2, comma 1.

superfici a foraggio ed escluse quelle forestali), con la conseguenza che il *valore unitario* del diritto risulterà diverso a seconda delle aziende.

Pertanto, ogni diritto all'aiuto è abbinato a un ettaro ammissibile e attribuisce il diritto a ricevere il pagamento dell'importo fissato, per il quale l'agricoltore dovrà presentare domanda di partecipazione⁶³, dichiarando le parcelle corrispondenti agli ettari ammissibili, che dovranno corrispondere al numero di diritti calcolati in base al triennio di riferimento. Le parcelle dovranno essere in possesso dell'agricoltore (a titolo di proprietà, affitto, comodato) per almeno 10 mesi dalla data stabilita da ogni Stato membro, salvo forza maggiore o circostanze eccezionali⁶⁴.

Gli ettari ammissibili potranno anche formare oggetto di eventuali domande per altri pagamenti diretti, laddove previsti dalla normativa.

Si rileva che il sistema potrebbe indurre un artificioso aumento di valore dei terreni ammissibili, con una contestuale diminuzione di valore dei terreni non ammissibili, poiché il calcolo del diritto disaccoppiato rimane collegato al periodo di riferimento 2000-2002, precludendo alle parcelle non ammissibili la possibilità di recuperare valore nel passaggio ad una produzione sostenuta.

Il regolamento, offre la possibilità, agli artt. 47-49, di determinare diritti all'aiuto anche in assenza di ettari ammissibili⁶⁵ (c.d. *diritti senza terra*, connessi essenzialmente alla zootecnia) per consentire il disaccoppiamento di determinati *premi animali*.

Anche per questi speciali diritti all'aiuto esiste un regime di circolazione ma, a differenza dei diritti all'aiuto a cui corrispondono effettivamente ettari ammissibili, i «*diritti senza terra*» possono essere trasferiti solo con cessione definitiva (non è ammesso l'affitto di diritti senza terra) e purché siano rispettate talune condizioni relative all'uso del diritto nel periodo antecedente la cessione⁶⁶.

L'agricoltore titolare del diritto all'aiuto potrà utilizzare le parcelle dichiarate per coltivare o allevare ciò che vuole, con il limite delle colture perma-

⁶³ L'art. 34 del regolamento precisa il contenuto della domanda (importo di riferimento, numero di ettari ammissibili, numero e valore dei diritti all'aiuto), attribuendo agli Stati la competenza per stabilire la data di presentazione delle domande, la quale, tuttavia, non potrà essere successiva al 15 maggio del primo anno di applicazione del regime di disaccoppiamento.

⁶⁴ Cfr. art. 64, par. 3; la data di decorrenza stabilita dal Governo italiano è l'11 novembre 2004, ex art. 7 dm 5 agosto 2004 n. 1787 (cfr. riferimenti in nota n. 135).

⁶⁵ La norma li definisce «diritti all'aiuto sottoposti a condizioni particolari», e comprendono sia i casi in cui l'agricoltore non possieda ettari ammissibili, sia quelli che si verificano quando l'azienda agricola, a causa della ridotta superficie, ha un diritto per ettaro superiore a Eur 5.000.

⁶⁶ In particolare, ma non è l'unica ipotesi contemplata dalla norma, i diritti all'aiuto senza terra devono essere stati utilizzati almeno nella misura dell'80% per almeno un anno (cfr. art. 46, par. 2, comma 3). Inoltre, lo Stato può decidere di assoggettare i diritti all'aiuto venduti a una trattenuta in favore della riserva nazionale (trattenuta applicabile alle ipotesi di vendita sia con terra sia senza terra). Lo scopo della norma è quello di limitare il "cumulo" dei vantaggi che potrebbero derivare all'agricoltore dalla cessione separata della terra e dei diritti all'aiuto (venduti successivamente alla cessione della terra).

nenti⁶⁷, degli ortofrutticoli⁶⁸, delle patate diverse da quelle destinate alla fabbricazione di fecola, colture non consentite; oppure, ipotesi estrema ma ammissibile, potrebbe anche decidere di non produrre alcunché, ferme restando, tuttavia, le obbligazioni di tutela agroambientale di cui si tratterà con riferimento al principio di *condizionalità*.

Il mancato uso del diritto all'aiuto per tre anni ne comporterà l'assegnazione alla riserva nazionale, fatti salvi i casi di forza maggiore, per l'eventuale redistribuzione.

Unitamente ai diritti all'aiuto, con o senza terra, il regolamento istituisce anche *diritti di ritiro* per ettaro, che l'art. 53 assegna solo alle aziende agricole assoggettate alla messa a riposo delle superfici a seminativo (*set-aside* obbligatorio) nel triennio 2000-2002.

Il *valore* del *diritto di ritiro* per ettaro si ottiene dividendo l'importo medio triennale pagato dalla Comunità a seguito del ritiro obbligatorio dalla produzione, per il numero medio triennale di ettari ritirati a titolo obbligatorio.

Anche in questo caso il pagamento verrà corrisposto a ogni diritto di ritiro corrispondente a un ettaro ammissibile⁶⁹; in concreto, l'agricoltore dovrà ritirare dalla produzione una superficie equivalente all'estensione dei diritti di ritiro e, in caso di trasferimento del diritto, l'obbligo di *set-aside* collegato alle superfici permane⁷⁰.

L'agricoltore, cui è consentita la rotazione, dovrà comunque mantenere le superfici ritirate in buone condizioni agronomiche e ambientali.

3.1.4 Data di applicabilità e deroghe (periodo transitorio, disaccoppiamento parziale, esclusioni facoltative, regionalizzazione). Da quando decorrerà il disaccoppiamento totale introdotto dal regime di pagamento unico per azienda?

Prima di considerare le relative scelte operate a livello nazionale, si proseguirà nella disamina delle norme del regolamento, in base al quale – art. 156, lett. *d.* – il pagamento unico dovrà applicarsi dal 1° gennaio 2005.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 71, par. 1, «qualora le specifiche condizioni agricole lo giustifichino», ogni Stato membro potrà decidere, entro il 1° agosto 2004, di avvalersi di un periodo transitorio che avrà termine o il 31 dicembre

⁶⁷ Limite imposto dall'art. 51; se violato, il coltivatore perderebbe il diritto all'aiuto. Inoltre, il citato limite delle colture permanenti, non si estende al luppolo e agli oliveti piantati anteriormente al 1° maggio 1998 (salvo Cipro e Malta la cui data di riferimento è il 31 dicembre 2001) o ai nuovi oliveti di sostituzione o di nuovo impianto autorizzato.

⁶⁸ L'art. 51, lett. *b.*, comma 2, tuttavia, ammette che gli Stati consentano la coltivazione di «prodotti secondari» per un periodo massimo di tre mesi decorrente dal 15 agosto di ogni anno (salvo altra data per regioni in cui i cereali sono raccolti anticipatamente per motivi climatici).

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 54, par. 3, costituisce «ettaro ammissibile al diritto di ritiro» una superficie agricola presa dai seminativi; per le varie eccezioni previste dalla norma, si rinvia al testo del paragrafo.

⁷⁰ L'art. 55 del regolamento *esenta* i produttori biologici dall'obbligo di ritiro e consente, in generale, l'uso delle superfici messe a riposo per coltivazioni non destinate all'alimentazione umana o animale (per es., colture energetiche).

2005⁷¹ o il 31 dicembre 2006, con conseguente decorrenza del nuovo regime dal 1° gennaio 2006 o 2007.

Non solo. Agli Stati membri è anche consentito di derogare al nuovo regime optando, ex art. 64, par. 1, entro il 1° agosto 2004⁷², per un'*attuazione parziale* a livello nazionale o regionale⁷³, finalizzata ad evitare l'abbandono della produzione.

La conseguenza è che una parte dell'aiuto rimarrebbe "non disaccoppiata" e continuerebbe a essere concessa sulla base dell'attuale sistema di sostegno della Pac (ovvero con aiuti accoppiati alle specifiche attività di coltivazione o di allevamento).

Si tratterebbe di un regime di *disaccoppiamento parziale*, circoscritto ai massimali nazionali elaborati dalla Commissione e, soprattutto, limitato ai settori dei seminativi, delle carni ovine e caprine, delle carni bovine, e del luppolo.

Più precisamente:

- nel comparto seminativi⁷⁴, lo Stato può lasciare accoppiato alla produzione un importo non superiore al 25% dei pagamenti per superficie per i seminativi, o, in alternativa, un importo non superiore al 40% del pagamento supplementare per il frumento duro;

- nel settore carni ovine e caprine⁷⁵, può rimanere accoppiato fino al 50% dei pagamenti;

- nel settore carni bovine⁷⁶, lo Stato dispone di più opzioni potendo mantenere accoppiato alla produzione: fino al 100% del pagamento dei premi per l'abbattimento dei vitelli, cui può aggiungersi fino al 100% del pagamento dei premi per vacca nutrice e, in tal caso, fino al 40% dei premi di abbattimento di bovini diversi dai vitelli; oppure, in alternativa, fino al 100% dei premi di abbattimento di bovini diversi dai vitelli; o ancora, in estrema alternativa, fino al 75% del premio speciale per bovini maschi;

- nel settore del luppolo⁷⁷, può rimanere accoppiato fino al 25% dei pagamenti per ettaro.

Un'ulteriore opzione, che può accompagnarsi o meno al regime di disaccoppiamento parziale, è offerta dal regolamento ove questo permette agli Stati di trattenere fino al 10% del massimale nazionale dei pagamenti diretti disac-

⁷¹ Tale termine è perentorio per il luppolo. Per i settori cotone, olio d'oliva, olive da tavola e tabacco, non è invece ammesso alcun periodo transitorio.

⁷² Oppure, in caso di adozione del periodo transitorio, entro il 1° agosto 2005 o il 1° agosto 2006 (cfr. art. 71, par. 3, comma 2, regolamento n. 1782/2003).

⁷³ *Ibidem*, artt. 58 e 59.

⁷⁴ *Ibidem*, art. 66.

⁷⁵ *Ibidem*, art. 67.

⁷⁶ *Ibidem*, art. 68.

⁷⁷ *Ibidem*, art. 68 bis.

coppiati, per assegnarlo quale *premio supplementare* a tipi specifici di agricoltura rilevanti per la tutela dell'ambiente, o per il miglioramento della qualità e della commercializzazione dei prodotti agricoli⁷⁸. Si tratta di un esempio di come si possa ottenere la riqualificazione della politica di sostegno al mercato, tramite il semplice riallocaimento di risorse nell'ambito stesso del *primo pilastro*.

Dal punto di vista della generalità dei produttori, è evidente che la trattativa si tradurrebbe in una diminuzione netta dei massimali disponibili per i vari settori, in quanto la successiva redistribuzione come pagamento supplementare risulterebbe premiante esclusivamente per quei produttori che rispettassero le condizioni ambientali e qualitative di ammissibilità.

Alla deroga consistente nel disaccoppiamento parziale, si aggiunge la facoltà degli Stati di escludere dal regime di pagamento unico, sempre con decisione da assumere entro il 1° agosto 2004, i seguenti pagamenti diretti:

- gli importi supplementari per superficie a favore dei coltivatori di seminativi in Finlandia e in Svezia a nord del 62° parallelo e zone adiacenti, con caratteristiche climatiche che rendono particolarmente difficile la coltura dei cereali e dei semi oleosi⁷⁹;

- gli aiuti alla produzione di sementi di base o di sementi certificate in presenza di una situazione del mercato che non consenta di garantire un reddito equo ai produttori⁸⁰;

- tutti i pagamenti di cui all'Allegato VI⁸¹ del regolamento corrisposti agli agricoltori delle regioni ultraperiferiche della Comunità⁸², oltre a quelli ad esse specificamente corrisposti a titolo di taluni regolamenti.

Come già accennato, alla scadenza del 1° agosto 2004 ogni Stato membro potrebbe anche decidere di *regionalizzare* il regime di pagamento unico.

In tal caso, il massimale assegnato allo Stato è dallo stesso suddiviso tra le regioni individuate secondo criteri obiettivi.

Il sistema di ripartizione previsto è semplificato: tutti gli agricoltori le cui aziende si trovano nelle regioni interessate, indipendentemente dal possesso dei requisiti storici⁸³, partecipano alla suddivisione dei diritti all'aiuto per ettaro, semplicemente in base agli ettari ammissibili dichiarati da ogni agricoltore nel primo anno di applicazione del regime.

⁷⁸ *Ibidem*, art. 69.

⁷⁹ *Ibidem*, art. 70, par. 1, lett. a., primo trattino, che richiama l'art. 4, par. 4, del regolamento (Ce) n. 1251/1999 del Consiglio del 17 maggio 1999 che istituisce un regime di sostegno a favore dei coltivatori di taluni seminativi, in *Guce* n. L 160 del 26 giugno 1999, p. 1.

⁸⁰ *Ibidem*, secondo trattino, che richiama l'art. 3 del regolamento (Cee) n. 2358/71 del Consiglio del 26 ottobre 1971 relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle sementi, in *Guce* n. L 246 del 5 novembre 1971, p. 1; come si dirà in prosieguo, l'Italia ha attivato questa opzione.

⁸¹ Vedasi nota 57.

⁸² Cfr. art. 70, par. 1, lett. b., del regolamento, si tratta dei dipartimenti francesi d'oltremare, delle Azzorre e di Madera, delle isole Canarie delle isole del Mar Egeo.

⁸³ Ovvero la percezione di aiuti diretti nel triennio 2000-2002.

Tendenzialmente, quindi, il valore dei diritti all'aiuto per unità è *uniforme* sul territorio regionale; tuttavia, lo Stato ha la facoltà, ai sensi dell'art. 61 e purché rispetti criteri oggettivi, di introdurre delle differenziazioni di valore, per unità, tra ettari a superficie erbosa e altri ettari a superficie ammissibile.

Il modello di disaccoppiamento regionalizzato offre una notevole flessibilità di gestione (finanche eccessiva), unita a maggiore facilità di accesso al diritto all'aiuto per tutti gli agricoltori del territorio regionale, a prescindere dal precedente godimento di aiuti diretti. La redistribuzione del sostegno in base a tale criterio, in apparenza perequativo, è tuttavia destinata a verificarsi a spese dei titolari storici degli aiuti; senza trascurare le prevedibili difficoltà nell'attuazione omogenea tra le diverse regioni interessate.

3.2 *La condizionalità (cross-compliance)*

Il principio di condizionalità⁸⁴ risponde alla sempre più avvertita esigenza di conciliare la produzione agricola con la tutela dell'ambiente, restituendo all'agricoltore il suo ruolo tradizionale di salvaguardia del territorio.

La funzione svolta dalla *condizionalità* è di stabilire precise *condizioni* da rispettarsi da parte dell'agricoltore che intenda beneficiare degli aiuti diretti. Al contempo, la condizionalità deve assurgere a convincente elemento di pressione verso una conduzione agricola più consapevole e rispettosa dell'ambiente, a tutto vantaggio della qualità del prodotto.

Per questi motivi, gli agricoltori beneficiari di pagamenti diretti, indipendentemente dal settore di produzione e dalla circostanza che la superficie sia coltivata o meno, saranno tenuti a rispettare criteri di gestione obbligatoria facenti capo a quattordici direttive e quattro regolamenti⁸⁵, circostanza che rafforza l'idea del carattere *contrattuale* del nuovo regime di aiuto.

⁸⁴ La disciplina inerente la "condizionalità" fa capo agli artt. da 3 a 9 del regolamento. Per un approfondimento, si veda D. BIANCHI, *La conditionnalité des paiements directs ou de la responsabilité de l'agriculteur bénéficiaire des paiements directs dans le cadre de la politique agricole commune (PAC)*, RMCUE, n. 475/2004, p. 91.

⁸⁵ Si riporta, per comodità, l'elenco delle direttive e dei regolamenti, peraltro contenuti nell'Allegato III al regolamento.

Applicabili dal 1° gennaio 2005:

Direttiva n. 79/409/Cee del Consiglio, del 2 aprile 1979, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, in *Guce* n. L 103 del 25 aprile 1979, p. 1; Direttiva n. 80/68/Cee del Consiglio, del 17 dicembre 1979, concernente la protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose, in *Guce* n. L 20 del 26 gennaio 1980, p. 43; Direttiva n. 86/278/Cee del Consiglio, del 12 giugno 1986, concernente la protezione dell'ambiente, in particolare del suolo, nell'utilizzazione dei fanghi di depurazione in agricoltura, in *Guce* n. L 181 del 4 luglio 1986, p. 6; Direttiva n. 91/676/Cee del Consiglio, del 12 dicembre 1991, relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole, in *Guce* n. L 375 del 31 dicembre 1991, p. 1; Direttiva n. 92/43/Cee del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, in *Guce* n. L 206 del 22 luglio 1992, p. 7; Direttiva n. 92/102/Cee del Consiglio, del 27 novembre 1992, relativa all'identificazione e alla registrazione degli animali in *Guce* n. L 355 del 5 dicembre 1992, p. 32; regolamento (Ce) n. 2629/97 della Commissione, del 29 dicembre 1997, che stabilisce modalità di applicazione del regolamento (Ce) n. 820/97 del Consiglio per quanto riguarda i marchi auricolari, il registro delle aziende e i passaporti

Le norme, applicabili a scaglioni temporali tra il 2005 e il 2007 per graduarne l'impatto sui destinatari, operano nel settore della sanità pubblica, salute delle piante e degli animali, nel settore dell'ambiente e in quello del benessere degli animali.

A questa normativa, si aggiunge l'obbligo di rispettare le buone condizioni agronomiche e ambientali (le c.d. *buone pratiche agricole*) che ogni Stato membro, con l'avallo della Commissione, deve definire a livello nazionale o regionale e che sono da applicarsi a decorrere dal 2005⁸⁶.

3.2.1 Le sanzioni. Gli artt. 6 e 7 del regolamento sanzionano il mancato rispetto delle predette disposizioni (criteri gestionali e buone pratiche) con una riduzione dei pagamenti diretti fino al 5% in ipotesi di negligenza (con aumento al 15% se la violazione è ripetuta) e, in ipotesi d'infrazione dolosa, con una diminuzione non inferiore al 20% fino all'esclusione totale per uno o più anni.

Gli importi prelevati a titolo di sanzione saranno accreditati alla sezione Garanzia del Feog e sarà in facoltà degli Stati trattenerne una parte, nella mi-

previsti dal sistema di identificazione e di registrazione dei bovini, in *Guce* n. L 354 del 30 dicembre 1997, p. 19; regolamento (Ce) n. 1760/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 luglio 2000, che istituisce un sistema di identificazione e di registrazione dei bovini e relativo all'etichettatura delle carni bovine e dei prodotti a base di carni bovine, e che abroga il regolamento (Ce) n. 820/97 del Consiglio, in *Guce* n. L 204 dell'11 agosto 2000, p. 1.

Applicabili dal 1° gennaio 2006:

Direttiva n. 91/414/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1991, relativa all'immissione in commercio dei prodotti fitosanitari, in *Guce* n. L 230 del 19 agosto 1991, p. 1; Direttiva n. 96/22/Ce del Consiglio, del 29 aprile 1996, concernente il divieto d'utilizzazione di talune sostanze ad azione ormonica, tireostatica e delle sostanze α -agoniste nelle produzioni animali e che abroga le direttive n. 81/602/Cee, n. 88/146/Cee e n. 88/299/Cee, in *Guce* n. L 125 del 23 maggio 1996, p. 3; regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1; regolamento (Ce) n. 999/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, recante disposizioni per la prevenzione, il controllo e l'eradicazione di alcune encefalopatie spongiformi trasmissibili, in *Guce* n. L 147 del 31 maggio 2001, p. 1; Direttiva n. 85/511/Cee del Consiglio, del 18 novembre 1985, che stabilisce misure comunitarie di lotta contro l'afta epizootica, in *Guce* n. L 315 del 26 novembre 1985, p. 11; Direttiva n. 92/119/Cee del Consiglio, del 17 dicembre 1992, che introduce misure generali di lotta contro alcune malattie degli animali nonché misure specifiche per la malattia vescicolare dei suini, in *Guce* n. L 62 del 15 marzo 1993, p. 69; Direttiva n. 2000/75/Ce del Consiglio, del 20 novembre 2000, che stabilisce disposizioni specifiche relative alle misure di lotta e di eradicazione della febbre catarrale degli ovini, in *Guce* n. L 327 del 22 dicembre 2000, p. 74.

Applicabili dal 1° gennaio 2007:

Direttiva n. 91/629/Cee del Consiglio, del 19 novembre 1991, che stabilisce le norme minime per la protezione dei vitelli, in *Guce* n. L 340 dell'11 dicembre 1991, p. 28; Direttiva n. 91/630/Cee del Consiglio, del 19 novembre 1991, che stabilisce le norme minime per la protezione dei suini, in *Guce* n. L 340 dell'11 dicembre 1991, p. 33; Direttiva n. 98/58/Ce del Consiglio, del 20 luglio 1998, riguardante la protezione degli animali negli allevamenti, in *Guce* n. L 221 dell'8 agosto 1998, p. 23.

⁸⁶ Si tratterà, conformemente all'allegato IV del regolamento, di misure atte: a limitare l'erosione del suolo tramite una copertura minima; a mantenere i livelli di sostanza organica del suolo tramite rotazione o fertilizzazione organica; a preservare la struttura del suolo con un idoneo uso delle macchine; a garantire un livello minimo di mantenimento del suolo tramite un adeguato carico di bestiame o il contenimento di vegetazione indesiderata; a mantenere la superficie a pascolo permanente ai livelli del 2003, salvo deroghe (per quest'ultima misura, si veda l'art. 5, par. 2 del regolamento); a preservare gli oliveti. Per l'attuazione in Italia si veda la nota 141.

sura del 25%. È evidente l'intenzione di fornire agli Stati un incentivo per l'esercizio dei controlli.

L'ecocondizionalità costituisce uno degli aspetti più rilevanti dell'intera riforma, sia sotto il profilo procedurale, dipendendo da essa l'ottenimento degli aiuti, sia per l'aspetto degli obiettivi che persegue, ovvero la tutela ambientale e la qualità del prodotto agricolo mediante la piena responsabilizzazione del produttore. Tuttavia, molto dipenderà dalle norme integrative di attuazione predisposte a livello nazionale per garantire il rispetto delle norme.

A titolo esemplificativo, la Commissione dovrà riuscire a conciliare la definizione degli *indicatori di controllo* a livello comunitario degli obblighi agro-ambientali, con i diversi contesti nazionali dipendenti dalla varietà di buone pratiche agricole elaborate dagli Stati.

Sarà, inoltre, messa alla prova la capacità delle istituzioni di attuare efficaci sistemi di valutazione e controllo, senza tuttavia complicare ulteriormente il sistema gestionale e onerare gli agricoltori di un numero eccessivo di adempimenti burocratici supplementari.

3.2.2 Il S.I.G.C. A tal fine, il regolamento prevede l'istituzione, da parte di ogni Stato membro, di un sistema integrato di gestione e di controllo (SIGC)⁸⁷ su base informatizzata, da applicarsi al nuovo sistema di finanziamento e ai principi che ne costituiscono l'essenziale corollario.

In realtà, poco di nuovo è stato introdotto rispetto al SIGC istituito dal regolamento n. 3508/92⁸⁸ nel settore degli aiuti alla produzione vegetale e animale, abrogato dall'art. 153, par. 1 del regolamento n. 1782/2003, ma ancora suscettibile di applicazione alle domande di pagamenti diretti per gli anni precedenti il 2005.

La nuova banca dati, allargata e adattata alla bisogna, dovrà realizzare un sistema integrato che consenta di gestire tutti i dati necessari per effettuare controlli incrociati ed evitare così doppi pagamenti o erogazioni indebite⁸⁹.

3.3 *La modulazione dinamica e la disciplina di bilancio*

La nuova normativa si sforza di consolidare il secondo pilastro della Pac (lo sviluppo rurale), e lo fa confermando il sistema di *modulazione* dinamica

⁸⁷ Le disposizioni relative al SIGC sono contenute negli articoli da 17 a 27 del regolamento.

⁸⁸ Regolamento n. 3508/92 (Cee) del Consiglio del 27 novembre 1992 che istituisce un sistema integrato di gestione e di controllo di taluni regimi di aiuto comunitari, in *Guce* n. L 355 del 5 dicembre 1992, p. 1; modificato dal regolamento (Ce) n. 165/94 del Consiglio del 24 gennaio 1994, in *Guce* n. L 24 del 29 gennaio 1994, p. 6; e dal regolamento (Ce) n. 3235/94 del Consiglio del 20 dicembre 1994, in *Guce* n. L 338 del 28 dicembre 1994, p. 16.

⁸⁹ In particolare, il SIGC dovrà comprendere un sistema che consenta l'identificazione delle parcelle agricole; l'identificazione e la registrazione dei diritti all'aiuto; la gestione delle domande di aiuto; l'effettuazione di un controllo integrato; la registrazione dell'identità degli agricoltori che presentano domande di aiuto (cfr. art. 18, regolamento n. 1782/2003).

degli aiuti diretti agli agricoltori, rendendolo tuttavia *obbligatorio* per gli Stati membri da facoltativo che era⁹⁰.

La modulazione dei pagamenti diretti⁹¹, sia accoppiati sia disaccoppiati, prevede una riduzione percentuale annuale degli stessi, applicabile in modo lineare dal 2005 fino al 2012, con aliquote di prelievo in ragione del 3% per il 2005, del 4% per il 2006 e del 5% dal 2007 al 2012.

Le risorse risultanti dalla modulazione, saranno messe a disposizione degli Stati come sostegno supplementare comunitario del Feog-Garanzia a favore delle misure di sviluppo rurale di cui al regolamento n. 1257/1999.

In particolare, si garantisce che ogni Stato membro potrà recuperare almeno l'80% degli importi prelevati al suo interno (in effetti, risparmiati) a titolo di modulazione, per ridistribuirli ai propri agricoltori sotto forma di finanziamenti comunitari nell'ambito del secondo pilastro⁹².

Precisazione importante, poiché la *regola generale* prevede che la distribuzione dei fondi generati dalla modulazione, a parte un punto percentuale che rimane allo Stato che li ha raccolti, avvenga in base a criteri connessi alla superficie agricola, al livello di occupazione in agricoltura e di Pil *pro capite* espresso in potere di acquisto, con la conseguenza che all'interno della Comunità potrebbero comunque verificarsi casi di Stati contributori netti.

Per evitare che le aziende agricole di piccole dimensioni abbiano a soffrire a causa della modulazione, la normativa le sottrae al relativo onere, istituendo una *franchigia* ("aiuto supplementare") che tutela i primi 5.000 euro di pagamenti diretti annuali, per cui fino a 5.000 euro annuali la percentuale di modulazione applicata è pari a zero.

Così articolata, la modulazione comporta per la Comunità diversi vantaggi:

- consente di mantenere quantitativamente inalterato l'impegno finanziario nel settore agricolo, garantendo il rispetto dei vincoli di bilancio;
- migliora la qualità del sostegno, rafforzando lo sviluppo rurale, considerato come lo strumento più idoneo per l'orientamento e l'ammodernamento del comparto in senso multifunzionale.

Le opportune modificazioni al regolamento sullo sviluppo rurale n. 1257/1999, sono oggetto del regolamento n. 1783/2003⁹³, che introduce nuove misure di finanziamento (qualità alimentare⁹⁴; benessere degli animali⁹⁵;

⁹⁰ Come prevedeva il regolamento n. 1259/1999 (cfr. riferimenti in nota 49).

⁹¹ Il sistema della modulazione dinamica è disciplinato dagli articoli da 10 a 12 del regolamento.

⁹² Poiché lo sviluppo rurale opera in regime di cofinanziamento, alle risorse comunitarie derivanti dalla modulazione, dovranno aggiungersi finanziamenti di origine nazionale.

⁹³ Cfr. riferimenti in nota 8.

⁹⁴ Sono due le misure previste in materia di qualità: 1. per le aziende agricole che partecipano ad un sistema di qualità, di origine comunitaria (Dop, Igp, Stg, biologico, vini di qualità) o nazionale (che rispetti le caratteristiche di base richieste dal regolamento), il finanziamento annuale per azienda a copertura dei costi fissi derivanti dalla partecipazione al sistema è fino a Eur 3.000, per

adeguamento ai nuovi *standard* normativi⁹⁶) e rafforza le misure esistenti a favore dei giovani agricoltori, della politica agroambientale e della silvicoltura.

Alla modulazione come efficace strumento di gestione delle risorse di bilancio, si affianca la prevista *disciplina di bilancio*, erede in chiave minore dell'originario principio di degressività, applicabile a partire dal bilancio 2007.

Il provvedimento finanziario in esame, che scatta solo dopo apposita decisione del Consiglio⁹⁷, ha lo scopo di ridurre i pagamenti diretti qualora le previsioni di bilancio indichino che, in un determinato esercizio finanziario, sarà superato il massimale annuo delle spese per il finanziamento della Pac a titolo di misure di sostegno dei mercati e aiuti diretti (la voce 1a) di bilancio), come stabilito dal Consiglio il 18 novembre 2002⁹⁸ con riferimento alle prospettive finanziarie per il periodo 2007-2013.

3.4 *La consulenza aziendale in agricoltura*

In considerazione del prevedibile impatto delle novità conseguenti al regolamento n. 1782/2003, il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno introdurre un sistema organico di consulenza aziendale che consenta agli agricoltori di adeguarsi senza traumi alla nuova normativa.

Si tratta di uno strumento di sostegno tecnico, con il compito di sensibilizzare le aziende agricole sulle nuove opportunità e sui nuovi e più vincolanti obblighi concernenti i processi gestionali, in particolare quelli legati al rispetto del regime di condizionalità.

Per il momento, solo gli Stati membri sono obbligati a istituire, entro il 1° gennaio 2007, un sistema di consulenza aziendale da porre a disposizione dei produttori, mentre per questi ultimi è facoltativa e volontaria ogni decisione in merito, fermo l'incentivo di cui potrebbero beneficiare in materia di *audi-*

non oltre 5 anni; 2. per i gruppi di produttori che promuovono i sistemi di qualità e i prodotti correlati, il finanziamento può coprire fino al 70% dei costi dell'attività.

⁹⁵ L'aiuto concerne gli allevatori che si impegnano ad attuare, per almeno 5 anni, sistemi superiori alle buone pratiche zootecniche, e non può superare Eur 500 per unità di bestiame adulto (UBA) all'anno. Il sostegno tiene conto del mancato guadagno e dei costi aggiuntivi derivanti dall'impegno assunto, ma non può coprire investimenti remunerativi per l'azienda.

⁹⁶ Due le misure previste per agevolare il rispetto delle norme: 1. un sostegno a copertura delle perdite di reddito e dei costi sostenuti connessi all'applicazione della nuova normativa agricola comunitaria e nazionale, non superiore a Eur 10.000 annui per azienda, in rate uguali, *forfetarie* e decrescenti, per un massimo di 5 anni; 2. un rimborso per azienda, per facilitare l'introduzione dell'*auditing* aziendale, che non potrà superare l'80% dei costi ammissibili a titolo di consulenza, comunque non superiore a 1.500 euro.

⁹⁷ La Commissione, al contrario, aveva proposto che il meccanismo scattasse automaticamente.

⁹⁸ In conformità alle conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 24-25 ottobre 2002, che ha confermato le prospettive di bilancio per il periodo 2000-2006 stabilite al Vertice di Berlino del 1999, prevedendo, rispetto agli stanziamenti agricoli del 2006, un aumento massimo dell'1% annuo delle spese (ma il limite non vale per la voce «sviluppo rurale») dal 2007 al 2013.

ting aziendale introdotto dal regolamento n. 1783/2003 quale nuova misura di sviluppo rurale.

Entro la fine del 2010 la Commissione potrà avanzare proposte per rendere obbligatorio l'*audit* aziendale in agricoltura.

3.5 Le misure settoriali

Il regolamento, al titolo IV, disciplina «altri regimi di aiuto» relativi ad alcune specifiche Ocm.

La revisione settoriale, del tutto coerente con le disposizioni orizzontali in precedenza esaminate, propone un sistema di aiuti e di premi supplementari, in parte disaccoppiati e in parte accoppiati, destinato a gestire il periodo precedente l'applicazione del regime del pagamento unico per azienda e ad integrarsi con esso non appena divenuto applicabile.

La funzione svolta da queste misure settoriali, è varia:

- stabilire incentivi alla produzione di qualità (grano duro certificato e selezionato);

- predisporre aiuti diretti a carattere compensativo nelle Ocm in cui il prezzo, indicativo o d'intervento, sia stato ridotto dai nuovi regolamenti verticali specifici per Ocm (citati al par. 1).

- consentire l'attuazione di talune deroghe alle disposizioni generali del regolamento: opzione da parte dello Stato per il disaccoppiamento parziale, nel settore dei seminativi, delle carni bovine, degli ovi-caprini e del luppolo; applicazione del periodo transitorio; esclusione di specifiche produzioni dal pagamento unico.

Procedendo in modo schematico e necessariamente sintetico secondo l'ordine temporale di applicazione dei differenti aiuti (cfr. art. 156), si configura la seguente ripartizione:

A. applicabilità dal 1° gennaio 2004 per:

- frutta in guscio⁹⁹ (cap. 4, artt. 83-87), aiuto annuale per ettaro di superficie di Eur 120,75, cui può aggiungersi un ulteriore aiuto nazionale di pari entità, in Italia per un massimo garantito di 130.100 ettari;

- colture energetiche (c.d. «credito carbonio» per biocarburanti e biomasse; cap. 5, artt. 88-92), aiuto annuale per ettaro di superficie seminata di Eur 45, corrisposto solo a produttori con contratto con l'industria di trasformazione, per un massimo garantito di 1,5 ml di ettari per tutta la Comunità. Se la superficie è soggetta a *set-aside* la coltura energetica è ammessa ma non beneficia del relativo aiuto;

- prodotti lattiero caseari (cap. 7, artt. 95-97), premi base annuali per ton-

⁹⁹ Le castagne sono state escluse dall'aiuto.

nellata di quota¹⁰⁰ di Eur 8,15 per il 2004, Eur 16,31 per il 2005, 24,49 per il 2006 e il 2007, cui si aggiungono pagamenti supplementari nazionali¹⁰¹ per compensare la riduzione dei prezzi di intervento per il latte scremato in polvere e il burro¹⁰². Tali aiuti s'integreranno nel sistema di disaccoppiamento, sommandosi al pagamento unico a partire dal 2008.

B. applicabilità dalla campagna di commercializzazione 2004-2005 per:

- frumento duro (cap. 1, artt. 72-75), premio specifico per ettaro alla *qualità* di Eur 40, riservato a sementi certificate e a superfici nelle zone di produzione tradizionale¹⁰³. L'aiuto resta accoppiato e, perciò, a favore di chiunque coltivi grano duro di qualità, soluzione giustificata dall'obiettivo di tutelare il prodotto. Saranno, invece, disaccoppiati o parzialmente disaccoppiati e integrati nel nuovo regime di pagamento dal momento della sua applicazione, i premi già istituiti dal regolamento n. 1251/1999¹⁰⁴: ovvero il premio supplementare per le zone di produzione tradizionali, ora ridotto da 344,5 Eur/ha a 313 Eur/ha¹⁰⁵, nonché l'aiuto per le zone di produzione semitradizionali (in cui il grano duro «è ben consolidato»), ridotto dalla nuova normativa a 93 Eur/ha nel 2004, a 46 Eur/ha nel 2005, e del tutto eliminato dal 2006¹⁰⁶;

- colture proteiche¹⁰⁷ (cap. 2, artt. 76-78), premio per ettaro di Eur 55,57, di tipo accoppiato e quindi a favore di tutti i coltivatori di colture proteiche, per una superficie massima comunitaria di 1,4 ml di ettari;

- riso (cap. 3, artt. 79-82), aiuto specifico per ettaro di superficie di Eur 1.069,08, per compensare la sostanziale riduzione del prezzo di intervento passato da 298,35 Eur/t a 150 Eur/t¹⁰⁸ con il ritiro limitato a 75.000 tonnellate l'anno. Quando diverrà operativo il pagamento disaccoppiato, una parte dell'aiuto rimarrà accoppiata a tutela della coltivazione nelle zone tradizionali e un'altra parte sarà integrata nel nuovo sistema disaccoppiato;

¹⁰⁰ Il regolamento n. 1788/2003 (cfr. riferimenti in nota 13) proroga il regime delle quote latte fino al 2015, mantenendo il meccanismo del prelievo in caso di superamento dei quantitativi nazionali assegnati.

¹⁰¹ Il massimale attribuito all'Italia, utilizzabile per i pagamenti supplementari da ripartirsi sulla base di criteri nazionali, è di 36,34 ml di Eur per il 2004, di 72,89 ml di Eur per il 2005, di 109,33 ml di Eur per il 2006 e 2007.

¹⁰² Il regolamento n. 1787/2003 (cfr. riferimenti in nota 12) ha stabilito l'abolizione del prezzo indicativo del latte, mentre il prezzo di intervento per il burro è ridotto gradualmente fino al 24,93% entro il 2007 e quello per il latte in polvere del 15% entro il 2006.

¹⁰³ Le regioni italiane interessate da questo aiuto alla qualità del grano duro, sono elencate nell'allegato X del regolamento n. 1782/2003, per una superficie massima garantita pari a 1.646.000 ettari.

¹⁰⁴ Regolamento (Ce) n. 1251/1999 del Consiglio del 17 maggio 1999 che istituisce un regime di sostegno a favore dei coltivatori di taluni seminativi, in *Guce* n. L 160 del 26 giugno 1999, p. 1.

¹⁰⁵ Il nuovo importo è stabilito dall'art. 149, par. 3, lett. a., del regolamento, a modifica dell'art. 5 del regolamento n. 1251/2003; l'art. 105, par. 1, del regolamento stabilisce ulteriori riduzioni dell'aiuto supplementare: a 291 Eur/ha nel 2005 e a 285 Eur/ha nel 2006 e anni successivi.

¹⁰⁶ Si vedano l'art. 149, par. 3, lett. b., e l'art 105, par. 3, del regolamento.

¹⁰⁷ Ovvero, piselli, favette e lupini dolci.

¹⁰⁸ Si veda art. 6 del regolamento n. 1785/2003 (cfr. riferimenti in nota 10).

- patate da fecola (cap. 6, artt. 93-94), l'aiuto è pari a Eur 110,54 per un quantità di patate necessaria a produrre una tonnellata di fecola¹⁰⁹, e riservato ai produttori che abbiano un contratto di produzione con un'impresa produttrice di fecola.

C. applicabilità dal 1° gennaio 2005 per:

- seminativi (cap. 8, art. 98), aiuto *regionale specifico*, a favore di Finlandia, Svezia a nord del 62° parallelo e zone adiacenti, di 24 Eur/t, qualora lo Stato membro scegliesse di escludere dal sistema di pagamento unico i pagamenti diretti di cui all'art. 70 del regolamento;

- seminativi (cap. 10, artt. 100-110), pagamenti per superficie; ovini e caprini (cap. 11, artt. 111-120), premio annuo per pecora e capra; pagamenti per carni bovine (cap. 12, artt. 121-139), da concedere nell'ipotesi in cui lo Stato membro abbia optato per il regime di disaccoppiamento parziale;

- aiuto per i legumi da granella (cap. 13, artt. 141-143), ove lo Stato membro decidesse di far precedere l'applicazione del disaccoppiamento dal periodo transitorio previsto dall'art. 71, par. 3 del regolamento;

- luppolo (cap. 10 *quinquies*, artt. 110 *quindecies* - 110 *sexdecies*), aiuto per superfici piantate a luppolo situate nelle regioni individuate dagli Stati membri e pubblicate dalla Commissione¹¹⁰; tale pagamento può rimanere disaccoppiato nella misura massima del 25% solo fino al 31 dicembre 2005: in seguito risulterà interamente disaccoppiato;

- il regolamento n. 1786/2003¹¹¹, istituisce un aiuto anche per l'Ocm dei foraggi essiccati, in sostituzione del sostegno previsto dall'abrogato regolamento n. 603/95¹¹², che terrà conto del pagamento unico introdotto dal regolamento n. 1782/2003. In particolare, il sostegno sarà ripartito in due quote, una inserita nel pagamento disaccoppiato a favore del produttore¹¹³ e l'altra come aiuto accoppiato alla *trasformazione* di 33 Eur/t¹¹⁴.

D. applicabilità dalla campagna di commercializzazione 2005-2006 per:

- sementi certificate (cap. 9 - art. 99), aiuto annuo in caso di decisione dello Stato membro di escludere dal pagamento unico i pagamenti diretti di cui all'art. 70 del regolamento (scelta praticata dall'Italia);

¹⁰⁹ L'aiuto è ridotto a Eur 66,32 dalla campagna di commercializzazione 2005-2006 in avanti (cfr. art. 93 del regolamento).

¹¹⁰ Ai sensi dell'art. 6 del regolamento (Cee) n. 1784/77 del Consiglio del 19 luglio 1977 relativo alla certificazione del luppolo, in *Guce* n. L 200 dell'8 agosto 1977, p. 1; modificato, a ultimo, dall'atto di adesione dei nuovi Paesi membri in *Guce* n. L 236 del 23 settembre 2003, p. 33.

¹¹¹ Cfr. riferimenti in nota 11.

¹¹² Regolamento (Ce) n. 603/95 del Consiglio del 21 febbraio 1995 relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei foraggi essiccati, in *Guce* n. L 63 del 21 marzo 1995, p. 1, più volte modificato.

¹¹³ Come stabilito dall'allegato VII, lett. D., del regolamento n. 1782/2003, che pone a disposizione dell'Italia l'importo annuo di 19,585 ml di Eur.

¹¹⁴ Sino alla quantità massima annuale per l'Italia di 685.000 tonnellate (cfr. art. 4, par. 2, e art. 5, par. 2, del regolamento n. 1786/2003).

- oliveti¹¹⁵ (cap. 10 *ter*, artt. 110 *octies* - 110 *decies*), aiuto per la manutenzione di oliveti di «particolare valore sociale o ambientale» piantati prima del 1° maggio 1998, o impiantati in sostituzione o nell'ambito di un programma approvato dalla Commissione. Tale aiuto rimarrà accoppiato nella misura massima del 40%; di converso, almeno il 60% del restante aiuto¹¹⁶ verrà disaccoppiato a favore di tutti produttori con più di 0,3 ha di oliveto (al di sotto di tale soglia l'aiuto sarà integralmente disaccoppiato dal 2006).

E. applicabilità dal 1° gennaio 2006 per:

- cotone (cap. 10 *bis*, artt. 110 *bis* - 110 *septies*), aiuto (nella misura massima del 35% della dotazione a bilancio) per superfici ammissibili, individuate e autorizzate alla coltivazione dagli Stati membri, mentre la restante parte del sostegno confluirà nell'aiuto disaccoppiato (pari al 65%);

- tabacco grezzo (cap. 10 *quater*, artt. 110 *undecies* - 110 *quaterdecies*), aiuto accoppiato decrescente fino al trasferimento, nell'arco del quadriennio 2006-2009, di almeno il 40% dei pagamenti dell'Ocm al pagamento unico disaccoppiato; dal 2010 è previsto il completo disaccoppiamento con attribuzione del 50% delle risorse a programmi di ristrutturazione del settore.

3.6 *L'ampliamento dell'Unione*

Dal 1° maggio 2004 l'Unione si è ampliata a dieci nuovi Stati membri e, a questo proposito, è stato lo stesso regolamento n. 1782/2003 (al *considerando* n. 49) ad evidenziare la necessità di adattare le nuove norme in esso contenute, per coordinare il sistema Pac nell'Europa a 25 Stati.

Non si è trattato solo di modificare la nuova normativa sulla Pac per tenere conto dei risultati dei precedenti negoziati di adesione, altrimenti vanificati; la questione si è posta in termini più ampi, poiché è occorso modificare anche gli atti di adesione per adattarli alla riforma che ha cambiato l'*acquis* comunitario, nella misura in cui gli stessi atti risultavano «superati o non immediatamente compatibili» con la nuova Pac.

Nelle premesse alle relazioni che hanno accompagnato le proposte di decisione¹¹⁷ e di regolamento¹¹⁸ avanzate al Consiglio per adattare, rispettivamente,

¹¹⁵ L'art. 2 del regolamento n. 865/2004 (cfr. riferimenti in nota 15) stabilisce che la campagna di commercializzazione per l'anno 2005-2006 inizia il 1° novembre 2004, in deroga alla regola generale che pone l'inizio campagna al 1° luglio con fine al 30 giugno dell'anno successivo.

¹¹⁶ L'allegato VII, lett. *H.*, del regolamento n. 1782/2003, stabilisce che gli Stati membri dovranno decidere se aumentare il coefficiente dell'aiuto disaccoppiato entro il 1° agosto 2005.

¹¹⁷ Proposta della Commissione del 27 ottobre 2003 di decisione del Consiglio recante adattamento dell'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, dell'Estonia, di Cipro, della Lettonia, della Lituania, dell'Ungheria, di Malta, della Polonia, della Slovenia e della Slovacchia e agli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea, a seguito della riforma della politica agricola comune, Com (2003) 643 def. La decisione proposta ha base giuridica nell'art. 23 dell'atto di adesione, e si è tradotta nella decisione del Consiglio del 22 marzo 2004 (n. 2004/281/Ce), in *Gu-UE* n. L 93 del 30 marzo 2004, p. 1.

gli atti di adesione alla riforma della Pac, e il regolamento n. 1782/2003 alle conseguenze dell'adesione, la Commissione ha indicato espressamente i principi guida di questo doppio adattamento: «gli adattamenti dovranno limitarsi allo stretto necessario» e «i nuovi Stati membri devono essere al più presto integrati in maniera armoniosa nella Pac riformata»¹¹⁹.

Soffermandosi sulle sole disposizioni orizzontali, il contenuto degli atti normativi¹²⁰ (decisione n. 2004/281 e regolamento n. 583/2004) succedutisi alle proposte è così riassumibile:

a. pagamenti diretti: la decisione, conformemente agli accordi di Copenaghen¹²¹ del dicembre 2002, esclude che gli agricoltori dei nuovi Paesi possano beneficiare fin dall'adesione di un sostegno diretto *pari* a quello oggi concesso agli attuali quindici Stati membri, ma lo ammette solo in misura *ridotta* e con *aumento progressivo*.

L'introduzione repentina di aiuti massicci, infatti, potrebbe ripercuotersi negativamente sia sul bilancio comunitario, sia sulle strutture produttive e sociali dei nuovi membri, inibendo l'indispensabile ristrutturazione in senso imprenditoriale delle aziende agricole (perché cambiare un modello capace di attrarre tanti aiuti?) e provocando ingiustificabili differenze di reddito all'interno delle comunità.

Di conseguenza, è prevista l'introduzione progressiva, a partire dall'adesione del 2004, di aiuti diretti nella misura del 25% del livello concesso ai quindici Stati membri alla data del 30 aprile 2004, fino a raggiungere gradualmente il 100% a partire dal 2013¹²², per uniformare i pagamenti diretti a quelli vigenti a quella data nel resto della Comunità.

Il sistema progressivo si estende anche ai regimi di aiuto settoriali introdotti dal regolamento n. 1782/2003.

¹¹⁸ Proposta della Commissione del 27 ottobre 2003 di regolamento del Consiglio recante adattamento del regolamento (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori, del regolamento (Ce) n. 1786/2003, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei foraggi essiccati e del regolamento (Ce) n. 1257/1999, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG) a seguito dell'adesione della Repubblica ceca, dell'Estonia, di Cipro, della Lettonia, della Lituania, dell'Ungheria, di Malta, della Polonia, della Slovenia e della Slovacchia all'Unione europea, (Com (2003) 640 def. Il regolamento proposto ha base giuridica nell'art. 57 dell'atto di adesione, e si è tradotto nel regolamento (Ce) n. 583/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004 (cfr. riferimenti in nota 7).

¹¹⁹ *Ibidem*, introduzione alla proposta di regolamento, p. 2.

¹²⁰ Si vedano le note 117 e 118.

¹²¹ Il Consiglio europeo di Copenaghen del 12 - 13 dicembre 2002 ha concluso i lavori preparatori per l'adesione, definendo i 31 settori di adeguamento all'*acquis* comunitario, tra cui il settore agricolo, da parte dei nuovi Stati membri.

¹²² Cfr. decisione n. 2004/281 (cfr. riferimenti in nota 117), art. 1, par. 5, lett. c., nella parte che introduce l'art. 143 *bis* nel regolamento n. 1782/2003.

Quanto al *metodo* da applicare alla distribuzione del sostegno diretto, le soluzioni adottate appaiono in linea con le precedenti negoziazioni, e consentono ai nuovi membri dell'UE tre diverse opzioni:

- mantenere il regime classico di aiuti diretti, cui si aggiunge la possibilità di aiuti complementari nazionali (solo per attività agricole già contemplate dagli aiuti diretti comunitari), fino al 31 dicembre 2006;

- optare, dal 2005, per un regime di *pagamento unico (regionalizzato)* introdotto appositamente per i nuovi Stati membri, che ovviamente non posseggono in termini di aiuti diretti lo "storico" necessario all'applicazione del regime di pagamento unico previsto per i Paesi attuali membri¹²³.

In questo caso il pagamento unico disaccoppiato sarà basato su un diritto all'aiuto uniforme per ettaro, su base regionale, calcolato in funzione di criteri oggettivi (ad esempio, eventuali pagamenti diretti nazionali esistenti prima dell'adesione).

Il numero di diritti all'aiuto spettanti a ogni azienda si otterrà dividendo la dotazione finanziaria regionale per gli ettari ammissibili (sono escluse le colture permanenti e le foreste) utilizzati dall'azienda in regione.

Al pagamento unico gli Stati potranno aggiungere, con gli opportuni adattamenti, dei pagamenti complementari nazionali.

Insieme al pagamento unico, è prevista l'opzione per un disaccoppiamento parziale e per l'adozione di un periodo transitorio, nonché l'istituzione di una riserva nazionale dei diritti all'aiuto;

- adottare, in luogo dei pagamenti diretti, un sistema semplificato e transitorio, basato su un annuale *pagamento unico per superficie*¹²⁴, ovvero un pagamento unico disaccoppiato basato sulla dotazione finanziaria annua assegnata dalla Commissione a ogni nuovo Stato membro, da dividersi per la superficie agricola dello Stato individuata alla data del 30 giugno 2003.

Sono ammissibili ai pagamenti tutte le parcelle agricole in buone condizioni agronomiche, anche se non in produzione.

Anche il pagamento unico per superficie potrà essere integrato da un pagamento complementare nazionale adattato al sistema.

Si tratta di un regime transitorio con termine indicato alla fine del 2006, ma con possibilità di due proroghe annuali, salvo quelle ulteriori decise dalla Commissione in considerazione dell'impreparazione dello Stato ad attuare il pagamento unico per azienda.

Terminato il regime transitorio semplificato, gli Stati dovranno necessariamente passare al pagamento unico per azienda, essendo loro precluso il recupero del sistema classico dei pagamenti diretti.

¹²³ Cfr. regolamento n. 583/2004 (cfr. riferimenti in nota 7), art. 1, par. 5, nella parte relativa agli artt. 71 *bis*, 71 *sexies* e 71 *septies* del regolamento n. 1782/2003.

¹²⁴ Cfr. decisione n. 2004/281 (cfr. riferimenti in nota 117), art. 1, par. 5, lett. c., che introduce l'art. 143 *ter* nel regolamento n. 1782/2003.

b. ecocondizionalità: in ragione del periodo transitorio concesso dalla Comunità per l'attuazione di molte tra le norme poste alla base della condizionalità, è prevista l'applicazione facoltativa del principio dal 2005.

c. modulazione e disciplina di bilancio (degressività): poiché tali principi saranno applicabili solo dopo che l'introduzione progressiva dei pagamenti diretti avrà raggiunto il livello dell'UE nella sua composizione al 30 aprile 2004, al momento non è possibile fare ipotesi sulla loro introduzione¹²⁵.

d. consulenza aziendale: nulla pare ostare all'applicazione della normativa in vigore per gli attuali Paesi membri.

Dal pur sommario esame delle normative in questione, appare evidente il passo in avanti compiuto dalla Commissione rispetto ad Agenda 2000, ove non era stata prevista la possibilità di estendere i pagamenti diretti ai Paesi di nuova adesione.

Il sistema adottato, basato sull'introduzione graduale dei pagamenti diretti e su metodi semplificati di gestione, dimostrandosi coerente con le prospettive di bilancio al 2013 e con il pagamento unico per azienda, sembra porre le basi per una normativa sulla Pac più agevolmente uniformabile nel tempo nell'Unione a venticinque Stati.

3.7 L'attuazione della riforma in Italia

Come già precisato, le decisioni più rilevanti, inerenti l'introduzione del regime di pagamento unico, dovevano essere assunte dagli Stati entro il 1° agosto 2004.

A tal fine, la Commissione europea, assistita dal Comitato di gestione dei pagamenti diretti¹²⁶, ha provveduto all'adozione di alcuni regolamenti di attuazione della riforma intermedia della Pac.

La regolamentazione relativa al regime di sostegno diretto a specifici settori produttivi o ad ipotesi di disaccoppiamento parziale, è stata in parte adottata nel regolamento n. 2237/2003¹²⁷ del 23 dicembre 2003, prioritario poiché relativo ad aiuti diretti applicabili sin dal 2004, e in parte nel successivo regolamento n. 1973/2004¹²⁸ del 29 ottobre 2004.

¹²⁵ Cfr. regolamento n. 583/2004, art. 1, par. 3, nella parte relativa all'art. 12 *bis* del regolamento n. 1782/2003.

¹²⁶ Compongono il Comitato rappresentanti degli Stati membri e della Commissione europea; si è riunito per la prima volta il 5 novembre 2003.

¹²⁷ Regolamento (Ce) n. 2237/2003 del 23 dicembre 2003 recante modalità d'applicazione di taluni regimi di sostegno di cui al titolo IV del regolamento (Ce) n. 1782 del Consiglio, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori, in *Gu-Ue* n. L 339 del 24 dicembre 2003, p. 52.

¹²⁸ Regolamento (Ce) n. 1973/2004 della Commissione del 29 ottobre 2004, recante modalità di applicazione del regolamento (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio per quanto riguarda i regimi di sostegno di cui ai titoli IV e IV *bis* di detto regolamento e l'uso di superfici ritirate dalla produzione allo scopo di ottenere materie prime, in *Gu-Ue* n. L 345 del 20 novembre 2004, p. 1.

Sono quindi intervenuti il regolamento per l'attuazione del pagamento unico per azienda disaccoppiato e del relativo sistema di gestione¹²⁹, e il regolamento d'attuazione del principio di condizionalità e il funzionamento del SIGC, esteso al controllo di tutti pagamenti della Pac nella prospettiva di interconnessione tra i vari controlli introdotti dalla riforma¹³⁰.

In tale contesto, il Ministero delle politiche agricole e forestali ha dapprima emanato alcune norme attuative dei regolamenti n. 1782/2003 e n. 2237/2003, limitatamente all'aiuto alle superfici a frutta a guscio¹³¹, ai pagamenti diretti per il frumento duro, le colture proteiche, il riso e le colture energetiche¹³², e alle condizioni di ammissibilità al regime di pagamento unico¹³³, per poi procedere, entro il previsto termine del 1° agosto 2004, ad effettuare le necessarie scelte in tema di pagamento unico disaccoppiato.

L'accordo tra i vari soggetti interessati a livello nazionale alla riforma agricola è stato raggiunto in occasione della seduta del 29 luglio 2004 della Conferenza Stato-Regioni, nel corso della quale è stata approvata la «posizione dello Stato italiano in ordine all'attuazione della riforma della Pac in Italia»¹³⁴.

Le principali disposizioni di attuazione sono state introdotte con decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali n. 1787 del 5 agosto 2004¹³⁵ (successivamente modificato) nel quale, in relazione alle opzioni più rilevanti, sono state assunte le seguenti decisioni:

- decorrenza e ambito di applicazione: l'applicazione del regime del pagamento unico è stabilita sin dal 1° gennaio 2005 (curiosamente il «diritto al-

¹²⁹ Regolamento (Ce) n. 795/2004 della Commissione del 21 aprile 2004, recante modalità di applicazione del regime di pagamento unico di cui al regolamento (Ce) n. 1782/2003, in *Gu-Ue* n. L 141 del 30 aprile 2004, p. I; modificato dal regolamento (Ce) n. 1974/2004 della Commissione del 29 ottobre 2004, in *Gu-Ue* n. L 345 del 20 novembre 2004, p. 85.

¹³⁰ Regolamento (Ce) n. 796/2004 della Commissione del 21 aprile 2004, recante modalità di applicazione della condizionalità, della modulazione e del sistema integrato di gestione e di controllo di cui al regolamento (Ce) n. 1782/2003, in *Gu-Ue* n. L 141 del 30 aprile 2004, p. 18.

¹³¹ Dm 18 febbraio 2004, disposizioni nazionali di attuazione del regolamento (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio, del 29 settembre 2003, relativamente al titolo IV, capitolo IV, che istituisce un regime di aiuto alle superfici di frutta a guscio, e del regolamento (Ce) n. 2237/03 della Commissione che reca modalità di applicazione, in *Guri* n. 60 del 12 marzo 2004, p. 21, modificato dal dm 23 aprile 2004, in *Guri* n. 108 del 10 maggio 2004.

¹³² Dm 10 marzo 2004, disposizioni nazionali di attuazione dei regolamenti (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 e n. 2237/2003 della Commissione del 23 dicembre 2003, concernenti norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della Politica Agricola Comune e istituzione di taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori, in *Guri* n. 73 del 27 marzo 2004, p. 15, modificato dal dm 23 aprile 2004, in *Guri* n. 108 del 10 maggio 2004.

¹³³ Dm 20 luglio 2004 n. 1628, disposizioni nazionali di attuazione del regolamento (Ce) n. 1782/03 del Consiglio del 29 settembre 2003 – artt. 33 e 40 – riguardo a regime di pagamento unico e circostanze eccezionali e modalità di applicazione, in *Guri* n. 180 del 3 agosto 2004; modificato dal dm 16 dicembre 2004, in ordine alla data di presentazione all'AGEA della documentazione relativa ai casi di forza maggiore o circostanze eccezionali conformemente al disposto dell'art. 40 del regolamento Ce n. 1782/2003 del Consiglio, in via di pubblicazione.

¹³⁴ In Repertorio atti della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, n. 2062 del 29 luglio 2004.

¹³⁵ In *Guri* n. 191 del 16 agosto 2004; modificato dal dm 3 novembre 2004 n. 2669.

l'aiuto» ha acquisito il nome, nell'attuazione italiana, di «titolo all'aiuto»), con disaccoppiamento totale in tutti i settori di produzione. Fanno eccezione il latte bovino, interessato dal disaccoppiamento solo dal 2006, e la produzione di sementi certificate ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 2358/71 (esclusione, quest'ultima, offerta tra le opzioni dell'art. 70 del regolamento n. 1782/2003) il cui sostegno resta accoppiato.

Per poter beneficiare del pagamento unico disaccoppiato, è necessario che l'azienda abbia dimensioni non inferiori a 0,3 ha, in assenza dei quali, pertanto, non è possibile chiedere la fissazione di diritti all'aiuto¹³⁶;

- disaccoppiamento parziale: si è decisa l'applicazione del disaccoppiamento totale anche nel settore dei seminativi, delle carni ovine e caprine, e delle carni bovine, escludendo quindi il ricorso al temporaneo disaccoppiamento parziale previsto dal regolamento;

- opzione regionale: il Governo ha deciso di non applicare il modello di regionalizzazione dei pagamenti, opzione che aveva sollevato molte perplessità, sia per le difficoltà connesse alla realizzazione di una Pac regionalizzata ma coerente sull'intero territorio nazionale, sia per le conseguenze penalizzanti che una tale scelta avrebbe comportato per i beneficiari storici degli aiuti;

- applicazione dell'art. 69 del regolamento (trattenuta e premio supplementare qualità): si è stabilito di effettuare la trattenuta di cui all'art. 69 del regolamento n. 1782/2003. Nel merito, si trattava di decidere se lo Stato dovesse trattenere una percentuale, non superiore al 10%, dai massimali nazionali previsti dall'art. 41 per i vari settori produttivi individuati nell'Allegato VI, da destinare, sotto forma di premio supplementare, ai produttori dei settori soggetti a trattenuta e impegnati in tipi specifici di agricoltura valorizzanti l'ambiente, o a migliorare la qualità o la commercializzazione dei prodotti.

La scelta italiana¹³⁷ ha investito i settori dei seminativi, delle carni bovine e ovi-caprine, con una trattenuta, rispetto ai massimali nazionali, dell'8% per i seminativi, del 7% per le carni bovine e del 5% per gli ovi-caprini.

Naturalmente tali trattenute, effettuate a livello nazionale, incideranno sotto forma di detrazione percentuale sui pagamenti unici delle aziende nei settori interessati e, per i medesimi settori, costituiranno dei *plafond* a cui attingere per l'erogazione di pagamenti (accoppiati) supplementari condizionati al rispetto delle condizioni di ammissibilità ambientali, qualitative o di commercializzazione poc'anzi citate.

Dette condizioni, genericamente indicate dalle disposizioni del decreto ministeriale di cui trattasi, sono state ulteriormente specificate per la fase attuativa dal decreto ministeriale n. 2026 del 24 settembre 2004¹³⁸.

¹³⁶ Tale limite trova riscontro giuridico nell'art. 1, par. 6 del regolamento n. 795/2004, fatto comunque salvo dalla modifica introdotta dall'art. 1, par. 7 c., del regolamento n. 1974/2004.

¹³⁷ Si veda l'art. 8 del dm 5 agosto 2004.

In breve, nel settore seminativi il premio supplementare su base annua è stabilito per ettaro, e condizionato all'uso di sementi certificate di particolari varietà precisate nell'allegato A al decreto, senza contaminazioni di Ogm; nel settore delle carni bovine il premio, al mantenimento o alla macellazione a seconda dei casi, è stabilito per capo (elenco in Allegato B) e per tipologie di capo; anche nel settore delle carni ovi-caprine il premio è concesso per capo, a favore di allevatori singoli o associati con più di 50 capi e con pascolamento di almeno 120 giorni;

- riserva nazionale: l'Italia ha applicato le disposizioni contenute nell'art. 42, par. 3 e 5, del regolamento n. 1782/2003, relative alla costituzione di una riserva nazionale di titoli all'aiuto da distribuire gratuitamente a favore di quei produttori che hanno iniziato l'attività dopo il 31 dicembre 2002 (termine periodo di riferimento), oppure nel corso del 2002 senza percepire aiuti diretti o, ancora, a favore di agricoltori interessati da programmi di ristrutturazione o di sviluppo legati ad aiuti pubblici.

Si aggiungono al novero dei potenziali beneficiari della riserva nazionale, anche le categorie di produttori considerate «in una situazione particolare» ai sensi degli artt. da 19 a 23 del regolamento n. 795/2004¹³⁹. La gestione della riserva nazionale è affidata all'AGEA (Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura).

- trasferimento titoli all'aiuto: si è optato per praticare ai casi di vendita dei titoli all'aiuto le trattenute a favore della riserva nazionale previste dall'art. 46, par. 3, del regolamento n. 1782/2003, come quantificate dall'art. 9 del regolamento n. 795/2004.

L'Italia ha scelto di consentire i trasferimenti dei titoli solo all'interno delle regioni omogenee, ancora da definirsi.

Come già chiarito, la cessione dei titoli all'aiuto potrà avvenire con o senza terra, e quest'ultima ipotesi risulta la più penalizzata, non solo per le limitazioni di cui si è trattato in precedenza, ma soprattutto poiché lo Stato tratterà per la riserva nazionale il 50% del valore dei titoli che saranno venduti senza terra nel triennio 2005-2007, per poi ridurre la trattenuta al 30% dal 2008; si applica la medesima disciplina in caso di vendita di titoli di ritiro senza terra.

Si mostra più benevola, invece, la trattenuta sulle cessioni di titoli all'aiuto con terra: sarà del 10%, ridotta al 5% in caso di cessione contestuale dell'intera azienda agricola.

Nessuna trattenuta è prevista sulle cessioni di titoli con o senza terra agli

¹³⁸ Dm 24 settembre 2004 n. 2026, attuazione degli artt. 8 e 9 del dm 5 agosto 2004, in *Guri* n. 287 del 7 dicembre 2004; modificato e integrato dal dm 3 novembre 2004 n. 2668, in *Guri* n. 288 del 9 dicembre 2004.

¹³⁹ Le situazioni particolari riguardano: taluni produttori di latte (art. 19); ipotesi di trasferimento di terre date in affitto a terzi nel periodo di riferimento (art. 20); alcune ipotesi di investimenti in capacità produttive o in acquisto terreni (art. 21); casi di locazione e acquisto di terreni concessi in locazione (art. 22); situazioni di riorientamento della produzione nell'ambito di programmi nazionali (art. 23). In questi casi la partecipazione alla riserva nazionale è obbligatoria.

agricoltori all'inizio dell'attività, né alle vendite di titoli di ritiro con terra, né ai casi di successione per causa di morte (anche se anticipata).

- guadagni eccezionali: in relazione all'art. 10 del regolamento n. 795/2004, si è deciso di riversare nella riserva nazionale una trattenuta pari al 90% degli importi di riferimento da fissare per il richiedente (venditore) che abbia venduto diritti al premio durante il periodo di riferimento o non oltre il 15 maggio 2004¹⁴⁰.

La norma trova la sua *ratio* nell'esigenza di impedire che un agricoltore che nel periodo di riferimento abbia già guadagnato sul prezzo del diritto all'aiuto ceduto, possa trarre ulteriore vantaggio dall'assegnazione di titoli all'aiuto, basata sui premi percepiti nel periodo di riferimento e poi ceduti. In tal modo, vigente il nuovo regime di pagamento, l'agricoltore-venditore potrà fissare titoli all'aiuto solo nella misura del 10% dell'importo di riferimento residuante dalla trattenuta.

In merito alle norme sulla "condizionalità", vera chiave per l'ottenimento dell'aiuto disaccoppiato, l'art. 5 del decreto ministeriale n. 1787/2004 rinviava a successivo decreto ministeriale la definizione delle norme quadro sui criteri di gestione obbligatoria e sulle buone pratiche agronomiche e ambientali, stabilendo per le Regioni e le Province autonome un termine di sessanta giorni dalla pubblicazione del decreto per l'adozione dei provvedimenti territoriali, salvo il potere sostitutivo del Ministero delle politiche agricole.

Le norme quadro sono quindi state inserite nel decreto ministeriale n. 5406/St del 13 dicembre 2004¹⁴¹, e nei due allegati tecnici che danno attuazione, rispettivamente, agli allegati III (criteri di gestione obbligatoria) e IV (buone pratiche agricole)¹⁴² del regolamento n. 1782/2004.

In conseguenza delle scelte operate e ai sensi dell'art. 6 del decreto ministeriale n. 1787 del 5 agosto 2004, compete all'AGEA identificare gli agricoltori aventi titolo all'aiuto in base all'art. 33 del regolamento n. 1782/2003. Gli organismi pagatori, entro il 31 marzo 2005, invieranno agli agricoltori individuati il modulo con i dati di cui all'art. 34, comma 1, del regolamento n. 1782/2003 e l'indicazione dei titoli all'aiuto provvisori.

Si è reso necessario procedere all'individuazione provvisoria dei titoli poiché senza la successiva domanda di fissazione dell'agricoltore il titolo non sussiste.

Spetterà quindi ai beneficiari inoltrare apposita domanda di ammissione al regime di pagamento unico e di fissazione del titolo definitivo entro il 15 mag-

¹⁴⁰ Cfr. art. 1 dm 3 novembre 2004 n. 2669.

¹⁴¹ L'art. 5 del dm n. 1787/2004 inerente la «condizionalità», ha ricevuto attuazione nel dm n. 5406/St del 13 dicembre 2004, in via di pubblicazione.

¹⁴² Si segnala, rispetto all'allegato IV del regolamento n. 1782/2003, lo stralcio delle norme inerenti la rotazione delle colture; ogni decisione in merito risulta quindi sospesa.

gio 2005¹⁴³; stesso termine per le domande di ammissione alla riserva nazionale e per il pagamento di premi specifici. Entro il 15 agosto 2005 l'organismo pagatore provvederà all'assegnazione dei titoli all'aiuto definitivi, con erogazione effettiva dei pagamenti tra il 1° dicembre e il 30 giugno dell'anno successivo.

In ordine alla risoluzione delle eventuali controversie inerenti la partecipazione o l'esclusione dal regime di pagamento unico, l'art. 14 del decreto ministeriale n. 1787/2004 prevede la possibilità di ricorrere a procedura arbitrale.

3.8 *Considerazioni conclusive*

A livello normativo la revisione a medio termine della Pac può dirsi in dirittura d'arrivo, anche con riferimento alle opzioni nazionali e ai relativi principali provvedimenti attuativi.

Appare condivisibile la scelta fatta dall'Italia di procedere senza indugi all'applicazione, a livello nazionale e generalizzata, del regime di pagamento unico disaccoppiato, ad eccezione del latte bovino e delle sementi certificate.

Il non aver optato per periodi transitori o diffuse applicazioni parziali o regionalizzate del nuovo regime, ha introdotto elementi di certezza, se non di chiarezza, che dovrebbero facilitare il passaggio al sistema di pagamento unico disaccoppiato, affiancato da premi supplementari.

Ne consegue il recupero della dimensione del mercato nel settore agricolo che è alla base del rinnovato rapporto tra produttori, amministrazioni (nazionali e comunitarie) e consumatori, posto dalla riforma tra i suoi obiettivi dichiarati.

In questo senso acquista rilevanza l'attenzione per l'impatto ambientale e qualitativo della produzione agricola che passa attraverso il meccanismo di sapore contrattuale della condizionalità e dei premi.

Nel complesso, la riforma consente un contenimento delle spese a carico del bilancio comunitario rafforzando, anche se ancora in modo non sufficientemente incisivo, il secondo pilastro della Pac dedicato allo sviluppo rurale¹⁴⁴.

Risultati a maggior ragione apprezzabili, se si pensa ai vantaggi che la nuova normativa comporterà con riferimento alla posizione negoziale della Comunità in seno alla Wto, e al tentativo di uniformare la logica del sostegno alla Pac in occasione dell'allargamento, per favorirne la futura coerenza nel-

¹⁴³ Fatti salvi i casi di forza maggiore o di circostanze eccezionali.

¹⁴⁴ La Commissione ha avanzato tre proposte di regolamenti a riforma del secondo pilastro dell'agricoltura, per il periodo 2007-2013, alla base delle quali vi è l'istituzione di due nuovi Fondi per il finanziamento delle spese agricole: il FEAG (Fondo europeo agricolo di garanzia) e il FEASR (Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale); si tratta della proposta del 14 luglio 2004 di regolamento del Consiglio sul finanziamento della Pac, in Com (2004) 489 fin.; della proposta del 14 luglio 2004 di regolamento del Consiglio sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del FEASR, in Com (2004) 490 fin.; della proposta del 12 ottobre 2004 di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (Ce) n. 1257/1999 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del FEAOG, in Com (2004) 562 def.

l'intera Unione.

In questo contesto, le scelte italiane hanno seguito l'inclinazione della Commissione favorevole all'attuazione del modello di disaccoppiamento di tipo storico, fondato su un calcolo dei titoli all'aiuto su base storica (aiuti percepiti nel periodo di riferimento), rispetto a quello regionale, in cui il calcolo dei titoli avviene su base territoriale.

Tendenzialmente, tale opzione appare favorire il mantenimento dello *status quo* (anche se è abbandonata la tutela del prezzo) con rischi di effetti distorsivi sulla concorrenza, per la posizione di favore in cui si troverebbero i titolari storici degli aiuti nel vedersi riconoscere i nuovi titoli. Ciò, pur in presenza del meccanismo redistributivo rappresentato dalla riserva nazionale.

A tale proposito, si osserva che la riforma presenta spinte tra di esse contrastanti nel tentativo di conciliare e tutelare i diversi interessi che coinvolge.

Infatti, la contrapposizione tra carattere storico del disaccoppiamento proposto dal regolamento orizzontale come primo modello, e l'intervento perequativo della riserva nazionale, trova riscontro nell'ulteriore confronto in materia di trasferimento dei titoli all'aiuto.

Qui, da una parte, il modello comporta la creazione di un mercato in cui è possibile la circolazione dei titoli all'aiuto, il che costituisce un utile elemento di flessibilità del sistema teso a compensare la sua base storica; dall'altra, introduce forti fattori di rigidità proprio nella disciplina che gestisce i trasferimenti dei titoli sul mercato. Si pensi alle limitazioni, più volte citate, imposte in caso di vendita dei titoli o, ancora, alle trattenute a favore della riserva nazionale che in tali ipotesi possono scattare.

Ancora, benché la circolazione dei titoli possa essere limitata dagli Stati anche territorialmente, per esempio per regioni (non a caso) omogenee, è ipotizzabile che il valore unitario dei titoli all'aiuto risulti assai variabile, poiché dipendente da un sistema generale basato sullo "storico" triennale della singola azienda.

Il rischio (nonostante i limiti posti alla circolazione dei titoli) è che il sistema finisca con il prestarsi, almeno potenzialmente, a speculazioni di tipo finanziario da parte delle aziende, con fenomeni di accumulo dei titoli del pagamento unico, in particolare se si pensa alla libertà di produzione associata ai titoli all'aiuto.

Tuttavia, dopo il 2013 (data fino alla quale operano le prospettive di bilancio su cui è calibrato il nuovo regime), non è nota la sorte del sostegno basato sul diritto all'aiuto, con la conseguenza che quanto maggiore sarà il peso che i pagamenti connessi ai titoli assumeranno nel bilancio delle aziende, tanto maggiore sarà il rischio di "bolla" nell'eventualità in cui, dopo il 2013, la Pac modifichi l'intero sistema.

In conclusione, in una riforma così complessa solo in futuro si potrà valutare l'effetto, sul funzionamento dell'agricoltura comunitaria, delle diverse scelte

operate dai Paesi membri in fase di attuazione del regolamento orizzontale.

Era in facoltà di ogni Stato membro decidere se avvalersi del previsto periodo transitorio, se applicare un disaccoppiamento totale o parziale, tra il 2005 e il 2007, a livello nazionale o regionalizzato, con o senza esclusioni di alcuni settori.

Le variabili applicative sono tali e tante, che il nuovo regime di gestione della Pac entrerà in vigore nei vari Paesi della Comunità in tempi diversi e in modo differenziato¹⁴⁵, con il rischio di disomogeneità che potrebbero investire direttamente il profilo sostanziale del governo comune dell'agricoltura.

Non si tratta di porre in discussione l'effetto utile di una maggiore flessibilità della Pac, ottenuta grazie agli spazi di adattamento concessi dalla normativa comunitaria alle realtà produttive nazionali e locali; tuttavia, un *eccesso* di flessibilità a livello nazionale rischia di produrre un esito contrario alla tanto auspicata semplificazione, poiché il problema non è la paventata *rinazionalizzazione* della Pac, bensì il rischio di polverizzazione del sistema gestionale dell'agricoltura, con buona pace del suo essere politica *comune*.

La sensazione è che una volta affermati gli istituti di base, la principale preoccupazione della revisione sia stata quella di mantenere sotto controllo la *spesa* agricola. Per il resto, è stata riconosciuta notevole libertà decisionale agli Stati, purché esercitata nei limiti delle quantità massime garantite a ciascuno di essi, in una ripartizione formalmente equa delle risorse disponibili.

Ciò posto, chiave di volta del sistema comunitario è sempre stato il rispetto di regole comuni e la condivisione, in condizioni non discriminatorie, degli spazi di libertà e di mercato.

In questo senso, la riforma apporta libertà imprenditoriale alle aziende e amplia gli spazi del mercato in agricoltura, ma occorrerà verificare, in concreto, come l'ampiezza delle scelte consentite agli Stati membri potrà influire sulla necessaria comunanza di regole e, di conseguenza, sulle condizioni di partecipazione al mercato comune dei vari operatori nazionali.

Armando Barani*

¹⁴⁵ Per esempio, la Francia ha deciso il disaccoppiamento parziale, con calcolo dei diritti all'aiuto su base storica, a decorrere dal 2006 (fonte: Ministère de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et de la ruralité - Conseil supérieur d'orientation, séance du 18 mai 2004, in Dossier de presse «Modalités d'application de la réforme de la Pac» du 18 mai 2004).

* Avvocato in Parma - Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bologna.

Le principali norme della revisione a medio termine della Pac*

| <i>Normativa comunitaria</i> | |
|--|---|
| Regolamento orizzontale | <p>Regolamento (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e che modifica i regolamenti (Cee) n. 1019/93, (Ce) n. 1452/2001, (Ce) n. 1453/2001, (Ce) n. 1454/2001, (Ce) n. 1868/94, (Ce) n. 1251/1999, (Ce) n. 1254/1999, (Ce) n. 1673/2000, (Cee) n. 2358/71 e (Ce) n. 1579/2000 in L. 270 del 21 ottobre 2003, p. 1</p> <p><i>modificato da:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Regolamento (Ce) n. 21/2004 del Consiglio del 17 dicembre 2003 che istituisce un sistema di identificazione e di registrazione degli animali delle specie ovina e caprina e che modifica il regolamento (Ce) n. 1782/2003 e le direttive 92/102/Cee e 64/432/Cee in <i>Gu-Ue</i> n. L 5 del 09 gennaio, p. 8 - Regolamento (Ce) n. 583/2004 del Consiglio del 22 marzo 2004 in <i>Gu-Ue</i> n. L 91 del 30 marzo 2004, p. 1; - Regolamento (Ce) n. 864/2004 del Consiglio del 29 aprile 2004 in <i>Gu-Ue</i> n. L 161 del 30 aprile 2004, p. 48; <p><i>derogato per:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Regolamento (Ce) n. 1540/2004 della Commissione del 27 agosto 2004 che deroga al regolamento (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio per quanto riguarda la data d'inizio del periodo previsto per l'effettuazione di determinati pagamenti in <i>Gu-Ue</i> n. L 279 del 28 agosto 2004, p. 11 |
| Modalità di Applicazione del regolamento orizzontale | <p>Regolamento (Ce) n. 2237/2003 della Commissione del 23 dicembre 2003 recante modalità d'applicazione di taluni regimi di sostegno di cui al titolo IV del regolamento (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori in L. 339 del 24 dicembre 2003, p. 52</p> |
| | <p>Regolamento (Ce) n. 795/2004 della Commissione del 21 aprile 2004 recante modalità di applicazione del regime di pagamento unico di cui al regolamento (Ce) n. 1782/2003 in <i>Gu-Ue</i> n. L 345 del 20 novembre 2004, p. 85</p> <p><i>modificato da:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Regolamento (Ce) n. 1974/2004 della Commissione del 29 ottobre 2004 in <i>Gu-Ue</i> n. L 345 del 20 novembre 2004, p. 85 |
| | <p>Regolamento (Ce) n. 796/2004 della Commissione del 21 aprile 2004 recante modalità di applicazione della condizionalità, della modulazione e del sistema integrato di gestione e di controllo di cui al regolamento (Ce) n. 1782/2003 in <i>Gu-Ue</i> n. L 141 del 30 aprile 2004, p. 18</p> |
| | <p>Regolamento (Ce) n. 1973/2004 della Commissione del 29 ottobre 2004 recante modalità di applicazione del regolamento (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio per quanto riguarda i regimi di sostegno di cui ai titoli IV e IV <i>bis</i> di detto regolamento e l'uso di superfici ritirate dalla produzione allo scopo di ottenere materie prime in <i>Gu-Ue</i> n. L 141 del 30 aprile 2004, p. 1</p> |
| * Aggiornamento al 16 dicembre 2004. | |

| <i>Normativa nazionale</i> | |
|---|---|
| Disposizioni nazionali** di attuazione del regolamento CE orizzontale e dei regolamenti applicativi | <p>Decreto ministeriale 18 febbraio 2004 Disposizioni nazionali di attuazione del regolamento (Ce) n. 1782/03 del Consiglio, del 29 settembre 2003, relativamente al titolo IV, capitolo IV, che istituisce un regime di aiuto alle superfici di frutta a guscio, e del regolamento (Ce) n. 2237/03 della Commissione che reca modalità di applicazione in <i>Guri</i> n. 60 del 12 marzo 2004, p. 21</p> <p><i>modificato da:</i> - Decreto ministeriale del 23 aprile 2004 in <i>Guri</i> n. 108 del 10 maggio 2004</p> |
| | <p>Decreto ministeriale del 10 marzo 2004 Disposizioni nazionali di attuazione dei regolamenti (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 e n. 2237/2003 della Commissione del 23 dicembre 2003, concernenti norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della Politica Agricola Comune e istituzione di taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori in <i>Guri</i> n. 73 del 27 marzo 2004, p. 15</p> <p><i>modificato da:</i> - Decreto ministeriale del 23 aprile 2004 in <i>Guri</i> n. 108 del 10 maggio 2004</p> |
| | <p>Decreto ministeriale n. 4 del 7 aprile 2004 Cofinanziamento nazionale degli aiuti a favore del settore della frutta a guscio, di cui agli artt. 83, 84, 85, 86 e 87 del regolamento Ce n. 1782/2003, per l'anno 2004, ai sensi della legge n. 183/1987 in <i>Guri</i> n. 126 del 31 maggio 2004</p> |
| | <p>Decreto ministeriale del 23 aprile 2004 Disposizioni nazionali di attuazione dei regolamenti (Ce) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 e n. 2237/2003 della Commissione del 23 dicembre 2003, per quanto concerne il settore lattiero caseario. in <i>Guri</i> n. 108 del 10 maggio 2004</p> |
| | <p>Decreto ministeriale n. 1628 del 20 luglio 2004 Disposizioni nazionali di attuazione del regolamento (Ce) n. 1782/03 del Consiglio del 29 settembre 2003 – art. 33 e 40 – riguardo a regime di pagamento unico e circostanze eccezionali e modalità di applicazione in <i>Guri</i> n. 180 del 3 agosto 2004</p> <p><i>modificato da:</i> - Decreto ministeriale del 16 dicembre 2004 in ordine alla data di presentazione all'AGEA della documentazione relativa ai casi di forza maggiore o circostanze eccezionali conformemente al disposto dell'art. 40 Regolamento Ce n. 1782/2003 del Consiglio <i>in corso di pubblicazione</i></p> |
| | <p>Decreto ministeriale n. 1787 del 5 agosto 2004 Disposizioni per la riforma della politica agricola comune in <i>Guri</i> n. 191 del 16 agosto 2004</p> <p><i>modificato da:</i> - Decreto ministeriale n. 2669 del 3 novembre 2004 in <i>Guri</i> n. 288 del 9 dicembre 2004</p> |
| | <p>Decreto ministeriale n. 2026 del 24 settembre 2004 attuazione degli artt. 8 e 9 del decreto ministeriale 5 agosto 2004 in <i>Guri</i> n. 287 del 7 dicembre 2004</p> <p><i>modificato e integrato da:</i> - Decreto ministeriale n. 2668 del 3 novembre 2004 in <i>Guri</i> n. 288 del 9 dicembre 2004</p> |
| | <p>Decreto ministeriale n. 5406/St del 13 dicembre 2004 attuazione dell'art. 5 del decreto ministeriale 5 agosto 2004 (<i>condizionalità</i>) <i>in corso di pubblicazione</i></p> |
| ** I decreti elencati sono stati emanati dal Ministero delle politiche agricole e forestali. | |

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

IMPEDIMENTI ALLA REGISTRAZIONE DI UN SEGNO DESCRITTIVO COME MARCHIO COMUNITARIO*

**Tribunale di primo grado, quarta sezione
Sentenza del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02**

HERON Robotunits GmbH c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)

Art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento (Ce) n. 40/94 - Disciplina del marchio comunitario - Domanda di registrazione di segno denominativo - Natura descrittiva - Impedimento assoluto.

In base alle disposizioni dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94/Cee non sono registrabili i marchi composti esclusivamente da segni o indicazioni che in commercio possono servire, per designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica, ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio, o altre caratteristiche del prodotto o servizio.

(Omissis) **In diritto**

Giudizio del Tribunale

33. Ai sensi dell'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94, sono esclusi dalla registrazione «i marchi composti esclusivamente da segni o indicazioni che in commercio possono servire, per designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica, ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio, o altre caratteristiche del prodotto o servizio». Inoltre, l'art. 7, n. 2, del regolamento n. 40/94 prevede che «il par. 1 si applica anche se le cause d'impedimento esistono soltanto per una parte della Comunità».

* Non ancora pubblicata in *Raccolta*. In argomento v. *infra*, p. 705 ss., il commento di GIUSEPPINA DI SALVATORE.

34. I segni e le indicazioni di cui all'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94 sono quelli che, in un uso normale dal punto di vista del pubblico interessato, possono servire a designare, direttamente o tramite la menzione di una delle sue caratteristiche essenziali, il prodotto o il servizio per cui è richiesta la registrazione (sentenza *Procter & Gamble*, cit. supra, punto 39). Pertanto, la valutazione del carattere descrittivo di un segno può essere solamente effettuata, da un lato, in relazione ai prodotti o servizi interessati e, dall'altro, in relazione alla percezione che ne ha il pubblico destinatario [sentenza del Tribunale 27 febbraio 2002 in causa n. T-34/00, *Eurocool Logistik c. UAMI (EUROCOOL)*, Raccolta, II, p. 683, punto 38].

35. Nella specie, i prodotti oggetto del marchio richiesto comprendono, in particolare, componenti di macchine o di macchine completamente montate che possano funzionare automaticamente ovvero venire programmate. È del pari generalmente noto, come sottolineato dalla commissione di ricorso nel punto 17 della decisione impugnata, che le macchine di tal genere vengono utilizzate in tutti i settori, al giorno d'oggi, vuoi in officine ai fini del montaggio di automobili, ad esempio, vuoi per il trasporto di prodotti, potendosi in tal caso trattare di nastri trasportatori.

36. Per quanto riguarda il pubblico destinatario, la commissione di ricorso ha rilevato, al punto 18 della decisione impugnata, che i prodotti e i servizi in esame si rivolgono al «pubblico di specialisti incaricato dello studio, della costruzione e della manutenzione di macchine estremamente differenziate tra loro [e che se] tale pubblico è composto, in particolare, di persone di lingua madre inglese, si deve necessariamente riconoscere che esso include, del pari, persone che abbiano almeno conoscenze fondamentali della lingua inglese ovvero dell'inglese specialistico, in quanto il [linguaggio] tecnico prevede numerosi vocaboli adoperati solo in inglese». La ricorrente non ha censurato la definizione della commissione di ricorso del pubblico destinatario.

37. Pertanto, in applicazione dell'art. 7, n. 2, del regolamento n. 40/94, il pubblico destinatario rispetto al quale si deve valutare l'impedimento assoluto alla registrazione è un pubblico specializzato anglofono, dal momento che il segno denominativo di cui trattasi è composto di elementi di lingua inglese.

38. Conseguentemente, ai fini dell'applicazione dell'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94, si deve verificare, sulla base di un dato significato del segno denominativo in questione, se esista, dal punto di vista del pubblico destinatario, un collegamento sufficientemente diretto e concreto tra il segno e le categorie di prodotti o di servizi per i quali è chiesta la registrazione [sentenza *CARDCARD*, cit. supra, punto 28, e sentenza del Tribunale 20 marzo 2002 in causa n. T-355/00, *DaimlerChrysler c. UAMI (TELEAID)*, Raccolta, II, p. 1939, punto 28].

39. *In limine*, si deve rilevare che il segno denominativo ROBOTUNITS è composto da due sostantivi tratti dalla lingua inglese. Tale segno denominativo non presenta struttura inconsueta. Infatti, esso non si discosta dalle regole lessicali della lingua inglese, ed è anzi formato in conformità di queste. Pertanto, esso non sarà percepito come inconsueto dal consumatore interessato [sentenza *CARDCARD*, cit. supra, punto 29].

40. Per quanto riguarda il significato del segno denominativo ROBOTUNITS, dai punti 21 e 22 della decisione impugnata nonché dalle spiegazioni che l'UAMI ha fornito nel proprio controricorso risulta che, secondo l'UAMI, tale segno denominativo significa «unità robotica» o «componente di robot». Sotto questo profilo, la ricorrente sostiene che il segno denominativo in questione non ha un significato chiaro e determinato. A suo avviso, il termine «unità robotiche» è privo di senso. Essa aggiunge che in

inglese, per designare una parte determinata di una macchina ovvero una componente, si farebbe uso del termine «machine part» o «machine piece», ma non di «unit».

41. Orbene, in considerazione dei prodotti per i quali è richiesta la registrazione, il significato adottato dalla commissione di ricorso si rivela corretto. Infatti, come affermato dall'UAMI nel controricorso, (punti 43 e 48), il vocabolo «unit» significa, del pari, «una componente individuale o una componente separata di qualcosa più grande» e «una macchina piccola o una componente di una macchina che abbia una finalità particolare». Peraltro, si deve ricordare che, per rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94, è sufficiente che un segno denominativo, almeno in uno dei suoi potenziali significati, designi una caratteristica dei prodotti o servizi interessati (sentenza *CARDCARD*, *cit. supra*, punto 30).

42. Quanto alla natura del collegamento esistente tra il segno denominativo ROBOTUNITS e i prodotti interessati, la commissione di ricorso ha rilevato, al punto 23 della decisione impugnata, che il detto segno denominativo ne designa in modo univoco la destinazione.

43. Orbene, con riguardo alle categorie di prodotti oggetto della domanda di registrazione del segno, la ricorrente non contesta che i prodotti in questione possano essere utilizzati in macchine che possono funzionare automaticamente ovvero venire programmate, ma fa valere che la circostanza che tali prodotti possano eventualmente essere utilizzati anche in connessione con *computer* o *robot* non è sufficiente a rendere il segno descrittivo, poiché tale connessione non si impone in modo sufficientemente diretto e concreto e senza ulteriore riflessione.

44. Ne consegue che il segno denominativo ROBOTUNITS, considerato complessivamente, può servire a designare una delle possibili destinazioni di tutti i prodotti oggetto della domanda della ricorrente. Inoltre, la circostanza che il detto segno denominativo presenti il vocabolo «robot» deve essere considerata indice di una destinazione di tali prodotti che può rappresentare un fattore nella scelta operata dal pubblico destinatario e che, quindi, ne costituisce una caratteristica essenziale. Infatti, la ricorrente stessa ha riconosciuto, nelle proprie memorie nonché all'udienza, che i prodotti per i quali era stata richiesta la registrazione del segno denominativo potevano eventualmente essere utilizzati in connessione con *computer* o con *robot*. Pertanto, dal punto di vista del pubblico destinatario, esiste un collegamento sufficientemente diretto e concreto tra il segno denominativo ROBOTUNITS e i detti prodotti.

45. Non si può certo escludere che tali prodotti possano consistere in componenti che non siano connesse con una macchina automatica e che il segno denominativo ROBOTUNITS non sia pertanto descrittivo di tutti i prodotti rientranti nelle categorie di prodotti oggetto della domanda di registrazione. A questo proposito, è sufficiente rilevare che la ricorrente ha richiesto la registrazione del segno di cui si tratta per ciascuna di esse complessivamente, senza fare distinzioni. Occorre confermare, quindi, la valutazione della commissione di ricorso nella parte riguardante tali categorie di prodotti nel loro insieme [sentenze *EuroHealth*, *cit. supra*, punto 33; *TELE AID*, *cit. supra*, punto 34, e *CARDCARD*, *cit. supra*, punti 33 e 36].

46. Infatti, dato che la ricorrente non ha limitato la propria domanda di registrazione escludendo l'uso dei prodotti di cui trattasi come componenti di *robot*, la circostanza che il segno in questione possa servire per indicare una delle eventuali destinazioni dei prodotti oggetto della domanda di marchio è sufficiente a giustificare un diniego di registrazione, in ragione del suo carattere descrittivo.

47. Tale rilievo non è inficiato dall'interpretazione data dalla ricorrente del punto 40 della motivazione della precitata sentenza *CARDCARD*. Infatti, nella detta sentenza, il Tribunale ha rilevato che i prodotti denominati «apparecchi per l'elaborazione di dati stazionari e mobili; programmi per l'elaborazione di dati e/o di testi e/o di immagini, memorizzati su supporti per dati», appartenenti alla classe 9, potrebbero essere utilizzati in un contesto funzionale che implica, del pari, una carta relativa ad un veicolo, ma che tale utilizzo ne costituirebbe, tutt'al più, uno dei molteplici campi di applicazione, ma non una funzione tecnica. Orbene, nella specie, la circostanza che i prodotti oggetto della domanda della ricorrente possano essere utilizzati in macchine automatizzate o programmate costituisce una delle potenzialità tecniche di tali prodotti. Il fatto che tali prodotti possano essere parimenti utilizzati in macchine che non siano automatizzate o programmate non esclude che tale potenzialità tecnica costituisca proprio la caratteristica che rende il segno denominativo *ROBOTUNITS* descrittivo dei detti prodotti.

48. Ne consegue che il segno denominativo *ROBOTUNITS* può servire, ai sensi dell'art. 7 n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94, dal punto di vista del pubblico destinatario, per determinare le caratteristiche essenziali dei prodotti di cui alle categorie oggetto della domanda di registrazione.

49. Quanto all'argomento della ricorrente, secondo il quale la menzionata sentenza *Procter & Gamble c. UAMI* si è discostata dalla sentenza *Windsurfing Chiemsee*, cit. supra, per quanto attiene alla sussistenza di un'esigenza di disponibilità, esso non può essere accolto. Infatti, la Corte ha espressamente riaffermato l'orientamento accolto nella causa da cui è scaturita la menzionata sentenza *Windsurfing Chiemsee*, nella sentenza della Corte 8 aprile 2003 in cause riunite da n. C-53/01 a n. 55/01, *Linde e a. (Raccolta, I, p. 0000, punti 73 e 74)*.

50. Infine, con riguardo all'argomento della ricorrente relativo alla circostanza che il Patent Office ha registrato il marchio *ROBOTUNITS* per gli stessi prodotti oggetto del presente ricorso, si deve ricordare, anzitutto, che dal combinato disposto dei nn. 2 e 3 dell'art. 63 del regolamento n. 40/94 risulta che l'annullamento e la riforma di una decisione delle commissioni di ricorso sono possibili solo se quest'ultima è viziata da un'illegittimità di merito o di forma. Secondo una giurisprudenza costante, poi, la legittimità di un atto comunitario dev'essere valutata in base agli elementi di fatto e di diritto esistenti al momento in cui l'atto è stato adottato (sentenze del Tribunale 6 ottobre 1999 in causa n. T-123/97, *Salomon c. Commissione*, in *Raccolta*, II, p. 2925, punto 48, e 14 maggio 2002 in causa n. T-126/99, *Graphischer Maschinenbau c. Commissione*, in *Raccolta*, II, p. 2427, punto 33). Pertanto, la legittimità di una decisione della commissione di ricorso potrebbe essere messa in discussione sollevando fatti nuovi dinanzi al Tribunale solo se fosse dimostrato che la commissione di ricorso avrebbe dovuto prendere in considerazione tali fatti d'ufficio durante il procedimento amministrativo, prima di adottare qualsiasi decisione nel caso di specie [sentenza del Tribunale 12 dicembre 2002 in causa n. T-247/01, *eCopy c. UAMI (ECOPY)*, *Raccolta*, II, p. 5301, punto 46]. Infatti, ai sensi dell'art. 74, n. 2, del regolamento n. 40/94, l'*UAMI* può non tener conto dei fatti che le parti non hanno invocato o delle prove che esse non hanno presentato in tempo utile.

51. Di conseguenza, vanno presi in considerazione solo gli elementi di cui l'*UAMI* poteva prendere conoscenza nel corso del procedimento amministrativo. Pertanto, non può tenersi conto della registrazione del marchio *ROBOTUNITS* nel Regno Unito.

52. A tal riguardo, si deve parimenti rammentare che il marchio comunitario mira, a tenore del primo *considerando* del regolamento n. 40/94, a consentire alle imprese di «contraddistinguere i rispettivi prodotti o servizi in modo identico in tutta la Comunità, superando le barriere nazionali», e che le registrazioni già effettuate in taluni Stati membri rappresentano un elemento che, pur non essendo determinante, può soltanto essere preso in considerazione ai fini della registrazione di un marchio comunitario [sentenze del Tribunale 16 febbraio 2000 in causa n. T-122/99, *Procter & Gamble c. UAMI*, (Forma di un sapone), *Raccolta*, II, p. 265, punti 60 e 61, e 5 dicembre 2000 in causa n. T-32/00, *Messe München c. UAMI* (electronica), *Raccolta*, II, p. 3829, punti 45 e 46]. Così, le registrazioni già effettuate in taluni Stati membri possono offrire un supporto di analisi per la valutazione di una domanda di registrazione di un marchio comunitario. Orbene, i documenti prodotti dalla ricorrente relativi alla registrazione del segno di cui trattasi nel Regno Unito non sono idonei a fornire una soluzione nella specie. Infatti, da tali documenti non emergono le ragioni per cui la registrazione del segno de quo è stata accettata nel Regno Unito. Tali documenti dimostrano solo che la registrazione è stata concessa, per il segno in questione, con riferimento ai prodotti menzionati in tali documenti.

53. Tale affermazione non è inficiata dal fatto che, in risposta ai quesiti del Tribunale sulla questione se la registrazione nel Regno Unito sia stata fondata sul preuso del marchio, la ricorrente ha sostenuto che un'eventuale registrazione operata su tale fondamento emergerebbe dai documenti relativi alla registrazione. Infatti, tale argomento non incide sulla soluzione della controversia, poiché la prova che il *Patent Office* abbia valutato il carattere descrittivo del marchio richiesto in relazione ai prodotti in questione non risulta dai documenti forniti dalla ricorrente, come rilevato al punto precedente.

54. Dall'insieme di quanto precede risulta che il motivo unico relativo alla violazione dell'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94 deve essere respinto e che, pertanto, il ricorso deve essere dichiarato infondato.

(*Omissis*)

IMPEDIMENTI ASSOLUTI ALLA REGISTRAZIONE DEL MARCHIO IN UNA RECENTE SENTENZA DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

1. La sentenza qui commentata¹ si lascia apprezzare non tanto per la novità della soluzione adottata quanto piuttosto perché riafferma con decisione taluni punti fermi in merito alle questioni relative alla disciplina del marchio comunitario.

Nel caso di specie, una società austriaca proponeva, innanzi all'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno (UAMI) con sede ad Alicante, in Spagna, una domanda al fine di ottenere la registrazione, come marchio co-

¹ Sentenza del Tribunale del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02, in http://europa.eu.int/eur-lex/it/search/search_case.html nonché *supra*, p. 701 ss.

munitario denominativo, del sintagma «ROBOTUNITS» per i prodotti indicati alle classi 6², 7³ e 9⁴ descritte nell'Accordo di Nizza del 15 giugno 1957, concernente, per l'appunto, la classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi.

L'esaminatore dell'UAMI respingeva la domanda sulla base dell'assunto che, ai sensi dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94/Ce, riguardante la disciplina degli impedimenti c.d. «assoluti» alla registrazione, il marchio richiesto era meramente descrittivo dei prodotti in questione. La società, di conseguenza, introduceva reclamo dinanzi alla prima commissione di ricorso dell'UAMI, e chiedeva che la lista dei prodotti per i quali si intendeva ottenere la registrazione venisse limitata a quelli più specificamente descritti nella classe 6 del predetto Accordo.

Anche la prima commissione, investita della questione, respingeva la richiesta, fondandola sul rilievo che la registrazione del marchio «ROBOTUNITS» avrebbe contrastato con le disposizioni dettate in materia di impedimenti alla registrazione, essendo esso indicativo della destinazione dei prodotti. A parere della commissione, infatti, il significato dell'espressione «ROBOTUNITS», valutato nel suo insieme, era quello di «unità robotica» o «componente di robot», e pertanto immediatamente sintomatico della connessione tra i prodotti tutelati dal marchio ed il marchio medesimo.

Avverso tale decisione, la società proponeva ricorso davanti al Tribunale di primo grado delle Comunità europee. Un controricorso veniva proposto dall'UAMI.

2. Un'accurata analisi della sentenza *de qua* non può prescindere da talune doverose osservazioni in ordine alle fonti da cui la disciplina comunitaria del marchio d'impresa trae origine, nonché, nello specifico, da una, sia pur sommaria, disamina dell'art. 7 del regolamento n. 40/94/Ce poco sopra richiamato.

Quanto alle fonti, sono due, in buona sostanza, gli atti normativi cui occorre fare riferimento: la direttiva n. 89/104/Cee⁵ che ha provveduto ad armonizzare le legislazioni degli Stati membri in materia per l'appunto di marchi d'impresa, ed il regolamento n. 40/94/Ce⁶, istitutivo del c.d. marchio comunitario.

² Si tratta dei «profilati metallici, rotaie di guida metalliche, elementi profilati per statica, elementi di raccordo di profilati»; v. sentenza in commento, punto 3.

³ «Guide per macchine, guide diritte e longitudinali, cilindri pneumatici, cilindri lineari con diversi sistemi di azionamento, elementi pneumatici profilati»; v. sentenza in commento, punto 3.

⁴ «Nastri trasportatori, sistemi di arresto con posizionamento»; v. sentenza in commento, punto 3.

⁵ In *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1.

⁶ In *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1.

L'iter per addivenire alla formazione del suddetto regolamento non è certo stato tra i più agevoli e svariate polemiche sono state sollevate, specie sull'utilità effettiva di adottare nuove disposizioni in un settore già così ampiamente disciplinato⁷. Si osservava, inoltre, che l'introduzione di una nuova tipologia di marchio avrebbe potuto ingenerare inutili disguidi⁸.

Per vero, si trattava di un interesse squisitamente comunitario: eliminare *ab origine* ogni impedimento alla circolazione delle merci contraddistinte da marchi all'interno dell'area comunitaria. A differenza di quello internazionale, il marchio comunitario avrebbe goduto di una disciplina unitaria in tutti gli Stati della Comunità⁹.

Siffatte ragioni indussero i primi codificatori a seguire un'impostazione rigida sottesa alla concezione di un marchio comunitario soppressivo dei singoli marchi nazionali; ma nell'immediatezza, pressanti ragioni di opportunità pratica, suggerirono di optare per una differente impostazione. Era tuttavia necessario superare l'ostacolo della territorialità; la soluzione più opportuna parve allora quella di predisporre una direttiva, che, *medio tempore*, in attesa che la Commissione portasse a compimento il summenzionato regolamento, avrebbe dovuto provvedere ad armonizzare tutte le legislazioni in materia.

È alla luce di siffatte considerazioni che il Consiglio adottò la *Direttiva sul ravvicinamento delle legislazioni in materia di marchi registrati 21 dicembre 1988, n. 89/104*¹⁰, contenente i primi fondamentali principi. Tra i più

⁷ Il marchio difatti è oggetto di tutela anche sul piano nazionale ed internazionale. Per ciò che concerne la disciplina nazionale, essa è contenuta nel r.d. 21 giugno 1942 n. 929, quasi completamente riformulato dalle disposizioni introdotte con il dlgo 4 dicembre 1992 n. 480. Il r.d. n. 929/1942 si trova commentato articolo per articolo in VANZETTI - GALLI, *La nuova legge marchi*, Milano, Giuffrè, 2001; il testo del dlgo n. 480/1992 lo si può leggere in *Guri* n. 295 del 16 dicembre 1992, p. 3 ss., *suppl. ord.*

Sul piano internazionale vengono in rilievo svariate Convenzioni: 1. la Convenzione di Unione di Parigi, sottoscritta nel 1883; 2. L'*Arrangement* di Madrid, risalente al 1891; 3. l'Accordo di Nizza, concernente la classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi ai fini della registrazione dei marchi del 15 giugno 1957.

⁸ Per queste considerazioni v. (*r.f.*), *Studi sulla opportunità e la possibilità di creare un marchio da valere nell'ambito della Comunità Economica Europea*, in *Riv. dir. ind.*, 1960, p. 239.

Riflessioni notevoli in argomento sono state formulate anche da RÖTTGER, *Osservazioni sulla creazione di un marchio della Comunità Economica Europea*, in *Riv. dir. ind.*, 1960, p. 240 ss.

⁹ V. GUGLIELMETTI, *Commento alla proposta di Regolamento del Consiglio sul marchio comunitario*, in *Riv. dir. ind.*, 1982, p. 213.

L'autore osserva come, prima che venisse redatta una proposta di regolamento, la creazione di un marchio comunitario fosse stata anche oggetto di uno «schema di Convenzione» nel 1964. A parere dell'autore, l'aver abbandonato la via convenzionale a favore di quella regolamentare, era sintomatico del fatto che gli organi comunitari volessero (p. 212) «legiferare in via diretta», in quanto «a' sensi dell'art. 189 Trattato Cee il regolamento ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri». Prosegue, inoltre osservando che «(...) il regolamento, rispetto alla Convenzione, presenta il vantaggio di dar vita ad una disciplina che promana da un'unica volontà legislativa (quella degli organi comunitari) e che, soprattutto, dopo la sua pubblicazione non necessita più di ulteriori manifestazioni di volontà plurime (ratifica e deposito dell'atto di ratifica) da parte degli Stati membri».

¹⁰ Per una analisi dettagliata della direttiva, v. SORDELLI, *Significato e finalità della direttiva CEE sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi registrati n. 89/104*, in *Riv. dir. ind.*, 1989 p. 14 ss.; v. anche FLORIDIA, *La direttiva sul ravvicinamento delle*

significativi si segnala quello regolato nell'art. 3, disciplinante i casi in cui un certo marchio possa essere escluso dalla registrazione¹¹; e le problematiche ad esso connesse sono state oggetto di talune interessanti pronunce da parte della Corte di giustizia¹².

Dovrà trascorrere ancora un quinquennio perché anche il regolamento n. 40/94/Ce venga adottato.

Fino ad oggi, le pronunce giurisprudenziali che lo interessano provengono per la maggior parte, eccettuato qualche sporadico caso, dal Tribunale di primo grado e le più interessanti concernono indubbiamente la disciplina degli impedimenti c.d. «assoluti»¹³ alla registrazione contemplati nell'art. 7¹⁴ che

legislazioni nazionali in materia di marchi nella prospettiva del mercato unico europeo, in *Riv. dir. ind.*, 1990, p. 349 ss.

¹¹ Esso recita al primo paragrafo: «Sono esclusi dalla registrazione, o, se registrati, possono essere dichiarati nulli:

- a. i segni che non possono costituire un marchio di impresa;
- b. i marchi di impresa privi di carattere distintivo;
- c. i marchi di impresa composti esclusivamente da segni o indicazioni che in commercio possono servire a designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o della prestazione del servizio, o altre caratteristiche del prodotto o servizio;
- d. i marchi di impresa composti esclusivamente da segni o indicazioni che siano divenuti di uso comune nel linguaggio corrente o negli usi leali e costanti del commercio;
- e. i segni costituiti esclusivamente:
 - dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto;
 - dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico;
 - dalla forma che dà un valore sostanziale al prodotto;
- f. i marchi di impresa contrari all'ordine pubblico o al buon costume;
- g. i marchi di impresa che sono di natura tale da ingannare il pubblico, per esempio circa la natura, la qualità o la provenienza geografica del prodotto o del servizio;
- h. i marchi di impresa che, in mancanza di autorizzazione delle autorità competenti, devono essere esclusi dalla registrazione o invalidati a norma dell'art. 6 *ter* della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, in appresso denominata «Convenzione di Parigi»; v. direttiva n. 89/104, *cit. supra*, nota 11, p. 2-3.

¹² V. sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 1999 in cause riunite n. C-108/97 e n. C-109/97, *Chiemsee*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2779.

In particolare, la Corte, interpretando l'art. 3, n. 3, prima frase, (v. p. 2833, sentenza *loc. cit.*), aveva modo di osservare che:

«il carattere distintivo del marchio, acquisito a seguito dell'uso che ne è stato fatto, significa che il marchio è atto ad identificare il prodotto per il quale la registrazione viene richiesta come proveniente da un'impresa determinata e quindi a distinguere tale prodotto da quelli di altre imprese;

esso non ammette che la nozione di carattere distintivo differisca a seconda dell'interesse percepito a mantenere il nome geografico disponibile per l'uso di altre imprese».

¹³ Una articolata esposizione relativa ai suddetti impedimenti assoluti è proposta da DI FRANCO, *I marchi d'impresa nell'interpretazione del giudice comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 721 ss.; v. anche DIMAN, *Un tentativo di razionalizzazione della giurisprudenza sul marchio comunitario: «descrittività» e mancanza di «distintività» come impedimenti assoluti alla registrazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1235 ss.

Si consideri inoltre, FLORIDIA, *Marchio comunitario e difetto di capacità distintiva*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 369 ss., in nota alle sentenze del Tribunale del 26 ottobre 2000 in causa n. T-360/99 e del 5 dicembre 2000 in causa n. T-32/00; DI PLINIO, *SINTAGMA "significativo" e marchio comunitario "debole": il Tribunale conferma il cambio di giurisprudenza in materia di impedimenti assoluti alla registrazione (aspettando la Corte di giustizia ...)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1506 ss., in nota a sentenza del Tribunale del 5 aprile 2001 in causa n. T-87/00; DIMAN, *I "limiti" al carattere descrittivo di un marchio comunitario nella giurisprudenza del Tribunale di*

corrisponde, quanto al contenuto, all'art. 3 della predetta direttiva n. 89/104/Cee.

Detto art. 7 individua puntualmente tutta una gamma di circostanze che, se effettivamente sussistenti, precludono *hic et nunc* la possibilità di ottenere l'accoglimento di una domanda di registrazione di marchio comunitario: più in dettaglio, sono esclusi dalla registrazione quei segni che siano difformi dalle indicazioni contenute nell'art. 4 del regolamento, quelli che difettino di carattere distintivo, ed ancora quei segni o quelle «indicazioni che in commercio possono servire, per designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica, ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio, o altre caratteristiche del prodotto o servizio»¹⁵; è altresì impossibile ottenere la registrazione di segni che presentino elementi «che siano divenuti di uso comune nel linguaggio corrente o nelle consuetudini leali e costanti del commercio»¹⁶, o che siano rappresentativi della forma stessa del prodotto. Sono poi esclusi dalla registrazione i marchi che siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume, quelli che siano idonei a trarre in inganno il pubblico e, ancora, quelli che non possano essere soggetti a registrazione perché difformi dalle disposizioni dell'art. 6 *ter* della Convenzione di Parigi. Con regolamento 19 febbraio 2004 (n. 2004/422/Ce), il Consiglio UE ha modificato il regolamento sul marchio comunitario n. 40/94/Ce, apportando, tra l'altro, l'aggiunta, nell'art. 7 che qui si considera, della lettera *k*. in base alla quale l'impedimento assoluto alla registrazione sussiste anche per quei «marchi che contengono o consistono in una denominazione d'origine o un'indicazione geografica registrata conformemente al regolamento (Cee) n. 2081/92 corrispondente ad una delle situazioni di cui all'art. 13 del suddetto regolamento e concernente lo stesso tipo di prodotto, purché la domanda di registrazione del marchio sia presentata successivamente alla data di presentazione alla Commissione della domanda di registrazione della denominazione d'origine o dell'indicazione geografica»¹⁷. Siffatti impedimenti, dunque, incidono sulla natura stessa del marchio e devono essere accertati d'ufficio una volta che venga attivata la procedura di registrazione. Si distinguono, peraltro, dagli impedimenti c.d. «relativi», la cui disciplina è contenuta nell'art. 8 del regolamento n. 40/94/Ce¹⁸, e così denominati perché essi

primo grado, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1970 ss., in nota a sentenza del Tribunale del 14 giugno 2001 in cause riunite n. T-357/99 e n. T-358/99; SCHIANO, *Impedimenti assoluti alla registrazione: il Tribunale conferma il nuovo "trend" giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 810 ss., in nota a sentenza del Tribunale dell'11 dicembre 2001 in causa n. T-138/00.

¹⁴ Il regolamento 19 febbraio 2004 (n. 2004/422/Ce) ha completato tale articolo con l'aggiunta della lettera *k*; v. *Gu-Ue* n. L 70 del 19 marzo 2004.

¹⁵ Art. 7, n. 1, lett. *c*. del regolamento n. 40/94/Ce, in *Guce* n. L 11/4, *cit. supra*, nota 6.

¹⁶ Art. 7, n. 1, lett. *d*. del regolamento n. 40/94/Ce, *loc. cit.*

¹⁷ *Cit. supra*, nota 14.

¹⁸ L'art. 8, al primo paragrafo, specifica che: «In seguito all'opposizione del titolare di un mar-

vengono in essere solo a seguito di apposita opposizione presentata da colui che detenga un marchio anteriore. È tale, stando alla lettera della norma, quello depositato anteriormente rispetto alla domanda di marchio comunitario.

Naturalmente, siffatte previsioni sono profondamente ispirate alla funzione che il marchio deve assolvere: esso «è uno strumento essenziale di comunicazione fra le imprese ed i consumatori e consente, attraverso la differenziazione e la individuazione dei prodotti, le scelte del mercato: strumento quindi di *comunicazione, informazione e concorrenza*»¹⁹. Non a caso il regolamento n. 40/94/Ce, nell'art. 4, precisa che: «Possono costituire marchi comunitari tutti i segni che possono essere riprodotti graficamente, (...), a condizione che tali segni siano adatti a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese»²⁰.

3. Un rapido *excursus* della sentenza in epigrafe ci consente di cogliere non solo le motivazioni che hanno sotteso la soluzione accolta dal Tribunale di primo grado nel caso *de quo*, ma anche di apprezzare, attraverso il richiamo ai principi elaborati nelle pronunce più significative in argomento²¹, le linee direttrici segnate tanto dal Tribunale medesimo quanto, di recente, anche dalla Corte di giustizia delle Comunità europee.

Ricorrendo al Tribunale di primo grado, la società deduceva un solo motivo: la violazione dell'art. 7, n. 1, lett. *c.* del regolamento n. 40/94/Ce, evidenziando come il termine «ROBOTUNITS», così concepito, fosse totalmente estraneo alla lingua inglese; sotto il profilo strettamente terminologico, affermava che siffatta espressione, nel suo significato di «componente di una macchina» o «meccanismo di una macchina», era assolutamente fantasiosa²² e

chiaro anteriore il marchio richiesto è escluso dalla registrazione:

a. se esso è identico al marchio anteriore e se i prodotti o servizi per i quali il marchio è stato richiesto sono identici ai prodotti o ai servizi per i quali il marchio anteriore è tutelato;

b. se a causa dell'identità o della somiglianza di detto marchio col marchio anteriore e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi per i quali i due marchi sono stati richiesti, sussiste un rischio di confusione per il pubblico del territorio nel quale il marchio anteriore è tutelato; il rischio di confusione comprende il rischio di associazione con il marchio anteriore»; *cit. supra*, nota 6. Anche siffatto articolo è stato in parte modificato dal regolamento 19 febbraio 2004 (n. 2004/422/Ce); precisamente, il par. 4, adesso, esordisce in questo modo: «In seguito all'opposizione del titolare di un marchio non registrato o di un altro segno utilizzato nella normale prassi commerciale e di portata non puramente locale, il marchio richiesto è escluso dalla registrazione se ed in quanto, conformemente a una normativa comunitaria o alla legislazione dello Stato membro che disciplina detto segno».

¹⁹ Così SENA, *Il nuovo diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 15.

²⁰ Art. 4 del regolamento n. 40/94/Ce, *cit. supra*, nota 6.

²¹ In proposito v. ZANOLINI, *Note alla giurisprudenza comunitaria in materia di marchi di impresa (Direttiva 89/104 Cee sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di marchio d'impresa e Regolamento 40/94 Ce sul marchio comunitario)*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, p. 375 ss.

²² Precisamente «La ricorrente ritiene che il nesso tra il segno denominativo ROBOTUNITS e i prodotti oggetto della domanda di registrazione non possa essere stabilito se non mediante un ragionamento articolato in più fasi. Il segno denominativo ROBOTUNITS non sarebbe pertanto im-

non era in alcun modo evocativa di analoghe parole in uso nel commercio da parte di imprese concorrenti. Osservava inoltre che il sintagma in contestazione aveva già ottenuto, peraltro, protezione internazionale e per le stesse classi di prodotti, in virtù di apposita registrazione effettuata nel Regno Unito. A sostegno delle proprie asserzioni richiamava talune delle più importanti decisioni in materia: sentenza del Tribunale del 7 giugno 2001 in causa n. T-359/99, *DKV c. UAMI (Eurohealth)*²³; sentenze della Corte di giustizia del 20 settembre 2001 in causa n. C-383/99 P, *Procter & Gamble c. UAMI*²⁴ e del 4 maggio 1999 in cause riunite n. C-108/97 e n. C-109/97, *Windsurfing Chiemsee*²⁵.

Decidendo la causa sulla scia dell'oramai consolidato orientamento giurisprudenziale, il Tribunale di primo grado ha affermato che, in base alle disposizioni dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94/Ce, non sono registrabili «i marchi composti esclusivamente da segni o indicazioni che in commercio possono servire, per designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica, ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio, o altre caratteristiche del prodotto o servizio»²⁶.

Precisamente, quanto alla portata innovativa del sintagma «ROBOT-UNITS», il Tribunale ha avuto modo di chiarire, conformemente a quanto sostenuto dall'UAMI, che certamente esso si componeva di due parole tratte dalla lingua inglese, «robot»²⁷ e «unit»²⁸, ma non presentava la necessaria composizione inusuale, non discostandosi «dalle regole lessicali della lingua inglese»²⁹. Tale termine era inoltre, nel suo significato di «unità robotica», immediatamente descrittivo dei prodotti che doveva contrassegnare.

Analogamente a quanto già considerato in merito alle sentenze *Baby-dry*³⁰ ed *Eurocool*³¹ il Tribunale osservava, inoltre, che il carattere descrittivo

mediatamente e senza ulteriore riflessione descrittivo in relazione ai prodotti per i quali ne viene richiesta la registrazione. A suo parere, la circostanza che tali prodotti possano eventualmente essere utilizzati anche in connessione con *computer* o *robot* non è sufficiente a rendere il segno descrittivo, poiché tale connessione non si impone in modo sufficientemente diretto e concreto e senza ulteriore riflessione». Così in sentenza del Tribunale del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02, *cit. supra*, nota 1, punto 17.

²³ In *Raccolta*, 2001, II, p. 1645.

²⁴ In *Raccolta*, 2001, I, p. 6251.

²⁵ *Cit. supra*, nota 12.

²⁶ In sentenza del Tribunale del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02, *cit. supra*, nota 1, punto 33.

²⁷ «Ogni macchina automatica programmata per eseguire funzioni meccaniche speciali come un uomo». V. sentenza del Tribunale del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02, *loc. cit.*, punto 26.

²⁸ «Una unità distinta non divisibile ovvero un tutto indivisibile». V. sentenza del Tribunale del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02, *loc. cit.*, punto 26.

²⁹ Sentenza del Tribunale del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02, *loc. cit.*, punto 39.

³⁰ Sentenza del Tribunale dell'8 luglio 1999 in causa n. T-163/98, *Procter & Gamble c. UAMI (Baby-dry)*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 2383. Si trattava di verificare se tale sintagma fosse idoneo a

di un segno andava apprezzato in riferimento a due parametri: da un lato, i prodotti o i servizi da contrassegnare, dall'altro la maniera in cui detto segno si prestava ad essere recepito dal pubblico dei consumatori³² che nel caso *de quo*, come rilevato dalla stessa commissione di ricorso, era rappresentato da specialisti del settore.

Priva di rilevanza risultava, d'altronde, la tutela internazionale conseguita dal termine in questione, in relazione alla quale il Tribunale puntualizzava che essa era solamente un *quid* che, benché non determinante, poteva eventualmente venire in rilievo in ordine alla registrazione di un marchio comunitario³³.

Il Tribunale si esprimeva quindi nel senso della non registrabilità del vocabolo «ROBOTUNITS».

Facile individuare, a questo punto, l'elemento di base sul quale si fonda siffatta decisione: un certo simbolo è registrabile come marchio comunitario

superare il vaglio dell'UAMI in ordine alla registrazione. Il diniego opposto sia dall'esaminatore che dalla prima commissione di ricorso, aveva indotto la società interessata a rivolgersi al Tribunale di primo grado. In particolare, la commissione aveva osservato che l'espressione *Baby-dry* non avrebbe potuto ottenere alcuna registrazione ex art. 7, n. 1, lett. b. e c. del regolamento n. 40/94/Ce come marchio comunitario in quanto, essendo stata ideata per contrassegnare i pacchi dei pannolini, era del tutto indicativa della destinazione del prodotto nonché priva del fondamentale carattere distintivo. Alcun effetto aveva sortito l'obiezione della società relativa al fatto che il suddetto carattere sarebbe stato acquisito dal marchio in seguito all'uso, anche perché tale questione venne sottoposta al solo esame della commissione e non anche dell'esaminatore. Il Tribunale non era giunto, in parte, a conclusioni difformi: tutti i segni designanti nel commercio la destinazione dei prodotti, *ipso facto*, non potevano dirsi idonei ad assurgere alla dignità di marchio comunitario.

Il caso *Baby-dry* è particolarmente significativo in quanto ha interessato, quale giudice di seconda istanza, anche e per la prima volta, la Corte di giustizia con la sentenza del 20 settembre 2001 in causa n. C-383/99 P, *Procter & Gamble c. UAMI*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6251 ss. V. commento a siffatta sentenza di LUCIANI, *Il caso Baby-dry: una nuova interpretazione del marchio comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1976 ss.; SANDRI, *Marchio comunitario e combinazioni di parole*, in *Dir. ind.*, 2001, p. 339 ss. Dinanzi alla Corte di giustizia, la società ricorrente si doleva del fatto che il Tribunale aveva affrontato la questione ispirandosi ad una concezione del marchio oramai desueta, per cui (v. sentenza del 20 settembre 2001 in causa n. C-383/99 P, *cit. supra*, nota 30, punto 30): «(...) la registrazione di un marchio conferisce al suo titolare un monopolio sull'uso dei segni o delle indicazioni che lo costituiscono, monopolio dal quale conseguirebbe che tutti i segni o le indicazioni che abbiano un carattere descrittivo, che devono essere lasciati liberi per gli usi del commercio, sono per definizione inidonei a rappresentare dei marchi». La Corte aveva accolto le richieste della società, argomentando le ragioni della decisione in base al fatto che nel caso di marchi composti da parole, il carattere descrittivo doveva essere valutato non solo in relazione alle singole componenti, ma anche nel complesso. Ciò imponeva, nel caso di specie, di assumere le vesti del consumatore inglese, e verificare in concreto se il termine *Baby-dry* potesse venire considerato come un modo usuale di indicare il prodotto nel lessico comune. Compiuta siffatta valutazione, la Corte concludeva nel senso che (v. sentenza del 20 settembre 2001 in causa n. C-383/99 P, *loc. cit.*, punto 43): «anche se ciascuno dei due termini che compongono l'insieme considerato può far parte di espressioni proprie del linguaggio comune per designare la funzione di pannolini per bimbi, la loro giustapposizione, inusuale nella sua struttura, non costituisce un'espressione nota della lingua inglese per designare tali prodotti o per presentare le loro caratteristiche essenziali».

³¹ Sentenza del Tribunale del 27 febbraio 2002 in causa n. T-34/00, *Eurocool*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 683, punto 38, con riferimento al carattere distintivo.

³² Sentenza del Tribunale del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02, *cit. supra*, nota 1, punto 34.

³³ Sentenza del Tribunale del 26 novembre 2003 in causa n. T-222/02, *loc. cit.*, punto 52.

quando sia in grado di stimolare la fantasia del consumatore, quando non lo informi direttamente della destinazione del prodotto, quando non sia costituito unicamente da parole che descrivano i prodotti che ne sono oggetto.

In definitiva si rileva che, benché l'intervento della Corte di giustizia nel caso *Baby-dry* abbia indubbiamente contribuito a favorire una lettura meno restrittiva degli elementi di distintività e descrittività di cui all'art. 7 del regolamento n. 40/94/Ce, tuttavia, da parte del Tribunale di primo grado³⁴ si riscontra un certo rigore nella valutazione delle caratteristiche dei sintagmi che vorrebbero assurgere alla dignità di marchio comunitario³⁵, specie in considerazione del fatto che esso deve, stando al disposto dell'art. 4 del regolamento n. 40/94/Ce, essere tale da «distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese»³⁶, secondo la funzione che gli è propria. Pertanto esso deve essere in grado di esercitare un impulso psicologico nei confronti del consumatore che possa così percepirlo come assolutamente inconsueto ed innovativo.

Giuseppina Di Salvatore*

³⁴ Che, pur tuttavia aveva mostrato una notevole elasticità nell'interpretazione dell'art. 7 del regolamento n. 40/94/Ce in occasione della trattazione del caso "*Easybank*": in argomento v. DI PLINIO, *SINTAGMA "significativo" e marchio comunitario "debole": il Tribunale conferma il cambio di giurisprudenza in materia di impedimenti assoluti alla registrazione (aspettando la Corte di giustizia ...)*, in nota alla sentenza del Tribunale del 5 aprile 2001, *cit. supra*, nota 13.

³⁵ In questo senso, v. MONTUSCHI, *Capacità distintiva e combinazione di parole comuni*, in nota a sentenza del Tribunale del 26 ottobre 2000, in *Dir. ind.*, 2002, p. 19 ss., spec. p. 25.

³⁶ Art. 4 del regolamento n. 40/94/Ce, *cit. supra*, nota 6.

* Dottore in Giurisprudenza.

**È DISCRIMINATORIA L'ESCLUSIONE DEL TRANSESSUALE
CONVIVENTE DAL DIRITTO ALLA PENSIONE DI REVERSIBILITÀ**

Corte di giustizia

Sentenza del 7 gennaio 2004 in causa n. C-117/01*

K. B. c. National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 141 CE - Direttiva n. 75/117/Cee - Principio della parità delle retribuzioni - Pensione di reversibilità - Diritto riservato al solo coniuge superstite - Coppia di transessuali - Incapacità di contrarre matrimonio - Esclusione dal diritto - Discriminazione - Sussistenza.

L'art. 141 CE osta, in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, impedisca ad una coppia, quale K. B. e R., di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro. Spetta al giudice nazionale verificare se, in un'ipotesi quale quella di cui alla causa principale, una persona nella situazione di K. B. possa invocare l'art. 141 CE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità.

* Non ancora pubblicata in *Raccolta*. In argomento v. *infra*, p. 719 ss., il commento di ALICE ANSELMO.

(*Omissis*) **In diritto**

Controversia principale e questione pregiudiziale

11. K. B., ricorrente nella causa principale, è una donna che ha lavorato per circa 20 anni presso l'NHS, specificamente come infermiera, ed è iscritta all'*NHS Pension Scheme*.

12. K. B. ha da diversi anni una relazione affettiva e di convivenza con R., una persona nata di sesso femminile e registrata come tale allo stato civile che, in seguito ad un'operazione medica di cambiamento di sesso, è diventata un uomo, senza che abbia potuto tuttavia modificare il suo atto di nascita per formalizzare tale cambiamento. Per questa ragione, e contrariamente alla loro volontà, K. B. e R. non hanno potuto unirsi in matrimonio. K. B. ha dichiarato nelle sue memorie e ha ricordato in udienza che la loro unione è stata consacrata con «una cerimonia in chiesa approvata da un membro dell'Episcopato anglicano» e che sono stati scambiati voti «allo stesso modo di una coppia tradizionale».

13. In mancanza di matrimonio, l'*NHS Pensions Agency* ha informato K. B. che, nel caso in cui questa decedesse prima di R., quest'ultimo non potrebbe ricevere una pensione di reversibilità in quanto il beneficio di tale prestazione è riservato al coniuge superstite, e che nessuna disposizione del diritto del Regno Unito riconosce la qualità di coniuge in assenza di legittimo matrimonio.

14. K. B. ha adito l'*Employment Tribunal* (Commissione per le controversie di lavoro del Regno Unito), facendo valere che le disposizioni nazionali che limitano le prestazioni ai vedovi ed alle vedove di iscritti costituivano una discriminazione fondata sul sesso, contraria all'art. 141 CE e alla direttiva n. 75/117. Secondo K. B., tali ultime disposizioni esigono che, in un tale contesto, la nozione di «vedovo» sia interpretata in maniera tale da includere anche il membro superstite di una coppia che acquisirebbe tale qualità se la sua identità sessuale non fosse il risultato di un'operazione medica di cambiamento di sesso.

15. Sia l'*Employment Tribunal*, con decisione 16 marzo 1998, sia l'*Employment Appeal Tribunal London* (Commissione di appello per le controversie di lavoro di Londra), con sentenza pronunciata in appello il 19 agosto 1999, hanno giudicato che il regime pensionistico di cui trattasi non è discriminatorio.

16. K. B. ha adito la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)*, che ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'esclusione del convivente transessuale (una persona originariamente di sesso femminile) di una donna iscritta al *National Health Service Pension Scheme*, in forza del quale le prestazioni per persone a carico spettano solo al vedovo, costituisca una discriminazione basata sul sesso, vietata dall'art. 141 CE e dalla direttiva n. 75/117».

(*Omissis*)

Giudizio della Corte

25. Le prestazioni concesse in forza di un regime pensionistico, il quale è strutturato essenzialmente in funzione del posto coperto dall'interessato, si ricollegano al-

la retribuzione che quest'ultimo percepiva e rientrano nelle previsioni dell'art. 141 CE (v., in particolare, sentenze 17 maggio 1990 in causa n. C-262/88, *Barber*, in *Raccolta*, I, p. 1889, punto 28, e 12 settembre 2002 in causa n. C-351/00, *Niemi*, *Raccolta*, I, p. 7007, punto 40).

26. La Corte ha altresì ammesso che una pensione di reversibilità prevista da un siffatto regime rientra nella sfera di applicazione dell'art. 141 CE. Essa ha precisato al riguardo che la circostanza che la suddetta pensione, per definizione, non sia corrisposta al lavoratore, ma al coniuge superstite, non è tale da infirmare questa interpretazione, in quanto tale prestazione è un beneficio che trae origine dall'iscrizione al regime del coniuge del superstite, di modo che la pensione spetta a quest'ultimo nell'ambito del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il suddetto coniuge e gli è corrisposta in conseguenza dell'attività lavorativa svolta da quest'ultimo (v. sentenze 6 ottobre 1993 in causa n. C-109/91, *Ten Oever*, *Raccolta*, I, p. 4879, punti 12 e 13, nonché 9 ottobre 2001 in causa n. C-379/99, *Menauer*, *Raccolta*, I, p. 7275, punto 18).

27. La pensione di reversibilità versata nell'ambito di un regime previdenziale di categoria, quale quello istituito dall'*NHS Pension Scheme*, costituisce quindi una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE e della direttiva n. 75/117.

28. La decisione di riservare determinati benefici alle coppie coniugate, escludendone tutti coloro che convivono senza essere sposati, è affidata sia alla scelta del legislatore, sia all'interpretazione effettuata dai giudici nazionali delle norme giuridiche di diritto interno, senza che un soggetto possa far valere alcuna discriminazione fondata sul sesso vietata dal diritto comunitario (v., per quanto riguarda i poteri del legislatore comunitario, sentenza *D e Svezia c. Consiglio*, cit., punti 37 e 38).

29. Nel caso specifico una tale condizione non può, di per sé, essere considerata come discriminatoria in funzione del sesso e, pertanto, contraria all'art. 141 CE o alla direttiva n. 75/117, in quanto il fatto che il richiedente sia un uomo o una donna è indifferente ai fini della concessione della pensione di reversibilità.

30. In una situazione quale quella di cui alla causa principale esiste tuttavia una disparità di trattamento che, pur non mettendo direttamente in causa il godimento di un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, incide su una delle condizioni per la sua concessione. Come ha giustamente sottolineato l'Avvocato Generale al par. 74 delle sue conclusioni, tale disparità di trattamento riguarda non il riconoscimento di una pensione di reversibilità, ma una condizione preliminare indispensabile alla concessione di questa, ossia la capacità di contrarre matrimonio.

31. Infatti, nel Regno Unito, mentre le coppie eterosessuali, in cui l'identità di nessuno dei due membri deriva da un'operazione di cambiamento di sesso, possono contrarre matrimonio e, eventualmente, godere di una pensione di reversibilità, che costituisce un elemento della retribuzione di uno di essi, una coppia quale quella formata da K. B. e R. non è assolutamente in grado di soddisfare la condizione del matrimonio, quale prevista dall'*NHS Pension Scheme*, ai fini della concessione di una pensione di reversibilità.

32. L'origine di tale impossibilità oggettiva risiede nel fatto, innanzi tutto, che la legge del 1973 sul matrimonio considera nullo ogni matrimonio in cui i coniugi non siano rispettivamente di sesso maschile e di sesso femminile; poi, che si considera come sesso di una persona quello risultante sull'atto di nascita, e, infine, che la legge sulla registrazione delle nascite e dei decessi vieta ogni modifica del registro degli atti di nascita, salvo nel caso di errore di scrittura o di errore materiale.

33. Occorre ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'operazione di cambiamento di sesso, e che dipende dal fatto che, relativamente allo stato civile, essi appartengano allo stesso sesso, dato che la normativa del Regno Unito non permette il riconoscimento giuridico della sua nuova identità sessuale, costituisce una violazione del suo diritto di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12 della CEDU (v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito* e *I. c. Regno Unito*, non ancora pubblicate nel *Recueil des arrêts et décisions*, rispettivamente ai §§ 97-104 e 77-84).

34. Una legislazione, quale quella di cui trattasi nella causa principale, che, in violazione della CEDU, impedisce ad una coppia, quale K. B. e R., di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro, dev'essere considerata, in linea di principio, incompatibile con le prescrizioni di cui all'art. 141 CE.

35. Poiché spetta agli Stati membri determinare le condizioni per il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso di una persona nella situazione di R., come peraltro riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, *cit.*, § 103), spetta al giudice nazionale verificare se, in un'ipotesi quale quella di cui alla causa principale, una persona nella situazione di K. B. possa invocare l'art. 141 CE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità.

36. Da quanto precede risulta che l'art. 141 CE osta, in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della CEDU, impedisca ad una coppia, quale K. B. e R., di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro. Spetta al giudice nazionale verificare se, in un'ipotesi quale quella di cui alla causa principale, una persona nella situazione di K. B. possa invocare l'art. 141 CE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità.

(Omissis)

I TRANSESSUALI HANNO DIRITTO DI SPOSARSI ... E DI OTTENERE LA PENSIONE DI REVERSIBILITÀ

Sommario: *Premessa - 1. I diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario - 2. Segue: il principio di non discriminazione in base al sesso e la sua applicazione nei confronti dei transessuali tra Corte di giustizia e Corte dei diritti dell'uomo - 3. I fatti origine della causa e le argomentazioni delle parti - 4. Le conclusioni dell'Avvocato Generale e la soluzione della Corte.*

Premessa

La decisione che qui si commenta, innovativa per il diritto comunitario, interviene su un problema da decenni dibattuto nel Regno Unito (e non solo), dove la legge impedisce ai transessuali di contrarre matrimonio poiché il certificato di nascita non può essere corretto; questa situazione secondo la Corte di giustizia è incompatibile in linea di principio con la legislazione e con i principi comunitari.

Ancora una volta la Corte di giustizia si trova a dover valutare la portata del principio contenuto nell'art. 141 CE (ex 119), il principio della non discriminazione sotto il profilo retributivo fra uomini e donne, nei confronti del fenomeno del transessualismo; le si chiede, in pratica, una interpretazione delle disposizioni comunitarie rispettosa dei diritti fondamentali della persona ed in particolare, come vedremo, del diritto al rispetto della vita privata.

Prima di proseguire con l'analisi del merito e della normativa richiamata dalla questione, sembra opportuno, per comprendere pienamente le scelte del giudice comunitario, soffermarsi sull'importanza del principio di non discriminazione nel contesto europeo, non senza prima fare un accenno alla centralità che i diritti fondamentali hanno via via raggiunto nell'ordinamento comunitario.

1. I diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario

Come è noto, né il Trattato di Parigi né il Trattato di Roma contenevano un catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo¹ benché gli Stati firmatari affermassero in essi la loro volontà a preservare e a rafforzare la pace e la libertà, a migliorare le condizioni di lavoro e di vita, ad elevare il livello di occupazione e protezione sociale, ad eliminare le discriminazioni tra uomo e donna, nonché quelle fondate sulla nazionalità, e a migliorare la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati². Questa mancanza trova una giustificazione nella considerazione che i diritti e le libertà riconosciuti all'individuo all'interno dei Trattati, pur in assenza di un "catalogo", apparivano strettamente funzionali all'integrazione economica ed alla realizzazione di un mercato unico. L'individuo veniva tutelato non in quanto *essere umano* ma in quanto *centro di interessi economici*³.

Il progressivo raggiungimento degli interessi economici, però, non tardò a svelare le diverse implicazioni pratiche in materia di diritti umani, posto che le varie attività economiche avevano un impatto sociale, politico e culturale non indifferente; ci si trovava di fronte allo "scontro" tra la mancanza di un "catalogo dei diritti umani comunitario" e l'ampio ventaglio di diritti riconosciuti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, ai quali veniva data ampia tutela.

Si prospettava all'orizzonte il pericolo che il cittadino comunitario si trovasse sprovvisto di tutela di fronte ad atti comunitari, eventualmente lesivi dei suoi diritti; per di più la Corte di giustizia aveva cominciato ad affermare (in sentenze come *Van Gend & Loos* e *Costa c. Enel*⁴) l'efficacia diretta ed il

¹ Nonostante la grande attenzione che circondava i diritti umani in quel periodo: neanche dieci anni prima era stata proclamata la Dichiarazione ONU ed appena sette anni prima era stata firmata la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo CEDU).

² Malgrado questa assenza di disposizioni, il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali è stato fin dall'origine oggetto di numerose dichiarazioni politiche: una per tutte, per esempio, la *Dichiarazione sulla democrazia* sottoscritta dai Capi di Stato e di Governo in occasione del Consiglio europeo di Copenaghen nel 1978, nella quale si confermava il desiderio degli Stati membri di «to ensure that the cherished values of their legal, political and moral order and of respect for human rights».

³ La letteratura sui diritti umani in ambito comunitario è vastissima; qui si richiamano, sui motivi di questa mancanza, tra gli altri: P. PESCATORE, *Fundamental Rights and Freedoms in the System of European Communities*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1970, p. 343 ss.; M. ZUELEG, *Fundamental Rights and the Law of European Communities*, *CMLR*, 1971, p. 446 ss.; J. H. H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 175 ss.; AA.VV., *Europa e diritti umani*, Torino, SIOI, Eda, 1981; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 574 ss.; U. SCHEUNER, *Fundamental Rights in European Community Law and Constitutional Law*, *CMLR*, 1975, p. 220 ss.; F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, *CMLR*, 1989, p. 595 ss.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1985 in causa n. 32/84, *Van Gend & Loos c. Inspecteur der Invoerrechten*, in *Raccolta*, 1985, p. 779; sentenza del 15 luglio 1964 in causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1141.

primato del diritto comunitario che avrebbero eliminato la possibilità di un controllo legislativo o giudiziario nazionale su di esso⁵.

Ed è sempre la Corte di giustizia che si rende protagonista del riconoscimento progressivo dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento comunitario⁶ «e il modo in cui vi provvede è un esempio di *judicial activism* che ha ben pochi paralleli: anche nel Paese (gli Stati Uniti) in cui quella espressione fu coniata»⁷. La Corte, attraverso la sua giurisprudenza, ha costruito un impianto di tutele e garanzie dei diritti fondamentali sostituendosi, così, alla mancanza di specifiche disposizioni comunitarie in materia.

La sentenza che "apre la strada" ai diritti umani nell'ordinamento comunitario è quella del caso *Stauder*⁸; in essa la Corte, chiamata in via pregiudiziale a valutare la compatibilità di una decisione della Commissione⁹ con i principi del diritto comunitario, afferma che i diritti fondamentali della persona «fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza».

Ulteriore progresso viene compiuto dalla Corte con la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁰ nella quale, pur avendo richiamato le sentenze *Stork* e *Uffici della Ruhr* per cui la validità degli atti e delle istituzioni non poteva essere valutata alla luce delle norme costituzionali di uno o più Stati membri anziché alla stregua del solo diritto comunitario, pena la messa in discussione del fondamento giuridico della stessa Comunità, la Corte prospetta una posizione autonoma per i diritti della persona, affermando che «la tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli

⁵ Si era venuta, così, a creare una situazione anomala: da un lato l'affermazione dell'efficacia diretta e del primato del diritto comunitario, dall'altro la mancanza della garanzia che i diritti dell'individuo sarebbero stati tutelati dall'ordinamento comunitario, con il conseguente rischio per il singolo di perdere alcuni meccanismi di protezione accordati dalle costituzioni nazionali.

⁶ Da non dimenticare, comunque, che le originarie posizioni della Corte erano ben lontane dal riconoscimento dei diritti umani in ambito comunitario. Ci riferiamo alle sentenze *Stork* (sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 1959 in causa n. 1/58, in *Raccolta*, 1958, p. 43) e *Uffici di vendita della Ruhr* (sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1960 in causa n. 36/59, in *Raccolta*, 1960, p. 857) nelle quali la Corte nega di potere e di dovere esercitare un effettivo controllo della legittimità degli atti comunitari in relazione alle norme costituzionali degli Stati membri e afferma (nel caso *Stork*) che il suo compito è quello di «garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato». Queste affermazioni, è noto, sono state completamente ribaltate a partire dal caso *Stauder*.

⁷ F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1989, p. 4.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969 in causa 29/69, *Erich Stauder c. Città di Ulm Sozialamt*, in *Raccolta*, 1969, p. 419, punto 7 della sentenza.

⁹ Decisione n. 69/71, in *Guce* n. L 5 del 3 marzo 1969, p. 9.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH c. Einfuhr und Vorrasstelle für Getreide und Futtermittel*, in *Raccolta*, 1970, p. 1125.

Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità» (punto 4 della sentenza).

La tutela dei diritti dell'uomo in ambito comunitario veniva, quindi, fondata sui valori comuni alle Costituzioni degli Stati membri. Ma la Corte già nel 1974 aggiungeva un ulteriore tassello nel "suo" sistema di protezione dei diritti; ci riferiamo alla sentenza *Nold*¹¹ dove, riprendendo quanto già affermato nel caso *Internationale Handelgesellschaft*, precisa che non può «ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni degli Stati» ma soprattutto, per la prima volta, richiama i Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo quali fonti di cui tenere conto in ambito comunitario per la tutela dei diritti stessi¹².

È con le sentenze *Rutili e Hauer*¹³, però, che la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di protezione dei diritti dell'individuo prende una "forma" se non proprio definitiva, quantomeno stabile. Infatti, nel caso *Rutili*, la Corte per la prima volta fa esplicito riferimento ad un principio ricavabile in via generale non dai Trattati internazionali ma consacrato nelle norme di uno specifico strumento: gli artt. 8 e 11 della CEDU. Nel caso *Hauer*, la Corte fonda la decisione sulla comparazione delle norme costituzionali degli Stati membri e richiama la Dichiarazione del 5 aprile 1977 con la quale gli organi politici della Comunità si impegnano e si vincolano al rispetto dei diritti fondamentali.

Nonostante le innumerevoli decisioni della Corte, però, continuava a mancare il dato normativo, e questa situazione "di stallo" dura fino a quando il processo di integrazione europea non subisce uno "scossone" causato dall'approvazione dell'Atto unico europeo nel 1986, il quale fa «scattare altre variabili indipendenti capaci di impatto incontenibile nei confronti della protezione complessiva dei diritti»¹⁴; non si arriva ad una codificazione dei diritti, ma ormai la strada in tal senso era tracciata.

È il Trattato di Maastricht a codificare l'impegno dell'Unione al rispetto dei diritti fondamentali costituzionalizzando la formula elaborata dalla Corte di giustizia: «L'Unione rispetta e garantisce i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (...)», e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comuni-

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974 in causa n. 4/73, *Nold, Kohlen und Baustoffrosshandlung c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1974, p. 491.

¹² «I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario» (punto 13 della sentenza).

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219; sentenza del 13 dicembre 1979 in causa n. 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in *Raccolta*, 1979, p. 3727.

¹⁴ G. F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 3.

tario»¹⁵. Da questo momento in poi l'impegno al rispetto dei diritti fondamentali viene sempre ribadito; con il Trattato di Amsterdam, poi, tale rispetto diviene parametro di valutazione dei requisiti di partecipazione all'Unione¹⁶ e il Trattato di Nizza enfatizza ulteriormente l'importanza di questo rispetto prevedendo una valutazione della semplice esistenza di un rischio di violazioni gravi e persistenti dei diritti individuali.

Ma il Consiglio europeo di Nizza riveste particolare importanza non solo per la firma del Trattato ma anche, e soprattutto, per la *proclamazione* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Carta segna una nuova, importantissima tappa nel processo di integrazione¹⁷; il "catalogo" per decenni evitato è stato alla fine inserito nella seconda parte del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

Questo breve *excursus* sulla storia della protezione dei diritti dell'uomo serve da spunto per analizzare il principio che "viene in gioco" nella sentenza oggetto di questo commento e come la sua interpretazione si sia "evoluita" nel tempo adeguandosi alle nuove esigenze sociali: il principio di non discriminazione in base al sesso¹⁸.

¹⁵ Per un commento si veda, tra gli altri, G. DE ENTERRIA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht*, in M. P. CHITI (a cura di), *Casi e materiali di diritto pubblico comunitario*, Torino, Giappichelli, 1994; E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 163 ss.; B. NASCIBENE, *Brevi rilievi in tema di diritti fondamentali, cittadinanza e sussidiarietà nel Trattato sull'Unione europea*, in questa Rivista, 1994, p. 233 ss.

¹⁶ Sui diritti dopo Amsterdam, cfr.: B. NASCIBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 683 ss.; A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 149 ss.; S. NEGRI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario alla luce del Trattato di Amsterdam*, *ivi*, 1997, p. 773 ss.

¹⁷ Non è questa la sede per affrontare gli interrogativi posti dalla Carta dei diritti e dalla sua proclamazione per i quali si rimanda, tra gli altri, a: A. GIOVANNELLI, *Dalla Carta dei diritti alla Costituzione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 169 ss.; G. SACERDOTI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa dei Stati all'Europa dei cittadini*, *ivi*, 2000, p. 1389 ss.; G. F. FERRARI (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, *cit. supra*, nota 14; A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001; A. VITTORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *RDUE*, 2000, p. 502 ss.; R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001; L. S. FERRARI BRAVO, *La tutela dei diritti in Europa*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 37 ss.; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002; M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, Giuffrè, 2001.

¹⁸ Il principio di non discriminazione è stato oggetto di numerosi articoli e commenti; qui si ricordano, tra gli altri: E. DENNIGHER, *Il principio di uguaglianza: sulla parità di trattamento tra uomini e donne*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso - Issoco, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 477 ss.; G. F. MANCINI - S. O'LEARLY, *The new Frontiers of Sex Equality in the European Union*, in *EL Rev.*, 1999, p. 331 ss.; E. ELLIS, *Recent Developments in European Community Sex Equality Law*, *CMLR*, 1998, p. 379 ss.; P. ALSTON (ed.), *Peoples' Rights*, New York, Oxford University Press, 2001; C. BARNARD, *Gender Equality in the EU: A Balance Sheet*, in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 1999, p. 215 ss.; P. MORI, *La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 571 ss.; G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 851 ss.

2. *Segue: il principio di non discriminazione in base al sesso e la sua applicazione nei confronti dei transessuali tra Corte di giustizia e Corte dei diritti dell'uomo*

L'originaria impostazione economica del Trattato di Roma ha influito anche sul principio di non discriminazione tra uomini e donne che infatti venne inserito all'art. 119 CE (ora art. 141) non sotto forma di riconoscimento di un diritto fondamentale ma sotto forma del principio della parità di retribuzione sul lavoro¹⁹ e attribuendo allo stesso tempo agli Stati membri l'onere di «assicurare e mantenere» l'applicazione di tale principio²⁰; ma ancora al termine della prima tappa del periodo transitorio il principio della parità salariale si limitava ad essere una formale affermazione²¹.

Ciò indusse il Consiglio, nella risoluzione del 21 gennaio 1974 relativa ad un programma di azione sociale, ad inserire tra le priorità l'attuazione del principio della parità tra uomini e donne, non soltanto sotto il profilo salariale ma anche sotto gli aspetti dell'accesso e delle condizioni di lavoro, della formazione e della promozione professionale. Vengono così adottate la direttiva n. 75/117 proprio in tema di ravvicinamento delle legislazioni nazionali per l'applicazione del principio della parità di retribuzione, la direttiva n. 76/207 con cui si estende il principio della parità di trattamento all'intero settore dell'impiego e dell'occupazione e la direttiva n. 79/7 che lo estende alla sicurezza sociale²².

¹⁹ È d'obbligo ricordare che l'inserimento del principio della parità salariale è stato fortemente voluto dalla Francia che, nel 1957, risultava essere l'unico Stato membro a riconoscere tale principio e pertanto temeva che si potessero verificare, in mancanza di tale inserimento, fenomeni di alterazione della concorrenza.

²⁰ Ma nonostante la sua vocazione economica, il principio della parità di retribuzione è diventato nel tempo lo strumento per la rivendicazione dei diritti non soltanto delle lavoratrici ma delle donne in generale.

²¹ Basti pensare che in Italia, nonostante la Costituzione all'art. 37 sancisse che «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, la stessa retribuzione», un primo accordo sulla parità salariale nell'industria venne raggiunto solo nel 1960 e che comunque si dovette attendere la legge n. 903 del 1977 per avere una organica tutela di tale principio.

²² Direttiva n. 76/207, in *Guce* n. L 39 del 14 febbraio 1976, p. 40; direttiva n. 79/7 in *Guce* n. L 6 del 10 gennaio 1979, p. 24. Queste direttive, e le molte altre che seguirono per regolare le discriminazioni tra uomini e donne anche sotto profili non salariali, sono state adottate sulla base dell'art. 308 CE (ex art. 235) che, appunto, prevede che il Consiglio possa prendere le disposizioni del caso «quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione all'uopo richiesti». Si assiste, da un punto di vista normativo, anche e soprattutto, come vedremo, grazie all'apporto della Corte di giustizia, ad un progressivo cambiamento dell'idea stessa del principio di non discriminazione; da principio strettamente funzionale al mercato comune ad espressione del principio e diritto fondamentale di uguaglianza.

Anche in questo settore fondamentale è l'apporto della Corte di giustizia, la quale comincia con il riconoscere diretta applicabilità all'art. 119 CE (ora art. 141) – sentenza *Defrenne II*²³ – ma, immediatamente dopo, libera il principio di parità dalla connotazione economica dell'art. 119 CE, riconoscendogli natura di diritto fondamentale (sentenza *Defrenne III* dove si legge: «La Corte ha ripetutamente affermato che il rispetto dei diritti fondamentali della persona è uno dei principi generali del diritto comunitario, la cui osservanza ha il dovere di assicurare. Non ci può essere alcun dubbio che l'eliminazione delle discriminazioni basate sul sesso fa parte di questi diritti»²⁴).

Con il Trattato di Amsterdam si assiste al consolidamento del principio della parità tra uomini e donne attraverso la modifica degli artt. 2 e 3 del Trattato Ce divenendo principio informatore e obiettivo dell'azione della Comunità; viene ampliata la portata dell'art. 119 (che da questo momento diventa art. 141) estendendo il principio della parità di retribuzione ai lavori «di pari valore», prevedendo la possibilità per il Consiglio di adottare «misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego» e consacrando la legittimità delle c.d. *azioni positive*; viene, infine, introdotto l'art. 13 che attribuisce al Consiglio il potere di adottare «i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». È un importante passo avanti, ma ancora la discriminazione basata sul sesso non trova un suo riconoscimento: è assimilata alle discriminazioni che colpiscono le *minoranze*; è l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione²⁵ che finalmente svincola la discriminazione tra uomini e donne evidenziando come questa assuma un carattere particolare quantomeno perché riferibile «alla metà degli esseri umani»²⁶ ed estende il principio della parità a *tutti* i settori dell'Unione²⁷.

Per completare questo breve quadro generale in materia dobbiamo ricordare la direttiva n. 2002/73²⁸ che ha modificato la direttiva n. 76/207 adeguando il dettato normativo alla giurisprudenza della Corte di giustizia ed alle nuove disposizioni del Trattato CE. Nel suo quarto *considerando* si legge, infatti, «la parità fra uomini e donne è un principio fondamentale ai sensi del-

²³ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 1976 in causa n. 43/75, *Defrenne c. Sabena*, in *Raccolta*, 1976, p. 455.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 1978 in causa n. 149/77, *Defrenne c. Sabena*, in *Raccolta*, 1978, p. 1365.

²⁵ Per un commento del quale si veda, per tutti: A. CELOTTO, *Art. 23*, in R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit. *supra*, nota 17, p. 178 ss.

²⁶ E. RADIGHIERI, *Nuove prospettive per la parità dei sessi?*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali*, cit. *supra*, nota 17, p. 179 ss.

²⁷ Sul valore e la portata della Carta si rinvia a quanto detto *supra*, par. 2.

²⁸ Direttiva n. 2002/73, in *Guce* n. L 269 del 5 ottobre 2002, p. 15.

l'art. 2 e dell'art. 3, par. 2 del Trattato CE, nonché ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Le suddette disposizioni del Trattato sanciscono la parità fra uomini e donne quale "compito" e "obiettivo" della Comunità ed impongono l'obbligo concreto della sua promozione in tutte le sue attività». Tra le novità più rilevanti quella che più ci interessa, in quanto di rilievo per il caso in oggetto, è l'introduzione di specifiche definizioni di discriminazione diretta ed indiretta. Ai sensi dell'art. 1 della direttiva n. 2002/73 si deve intendere per discriminazione diretta quella «situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga» mentre per discriminazione indiretta quella «situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri, possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima ed i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

Le definizioni della direttiva non fanno altro che *normativizzare* le nozioni elaborate dalla Corte di giustizia, che da sempre ha interpretato il principio di discriminazione fondata sul sesso in maniera piuttosto ampia, includendo non solo le discriminazioni relative all'appartenenza all'uno o all'altro sesso ma anche quelle che traggono origine dal mutamento di sesso dell'interessato.

Mi riferisco alla sentenza della Corte di giustizia *P. c. S. e Cornwall County Council* ed anche alla sentenza *Grant c. South-West Trains*²⁹. Nel primo caso la Corte si è trovata a dover decidere il caso di un transessuale (in origine uomo) licenziato dalla compagnia presso cui lavorava a seguito della decisione di cambiare sesso: in particolare la Corte doveva decidere se il principio della parità di trattamento contemplato nella direttiva n. 76/207 dovesse essere interpretato in modo tale da comprendere nel suo campo di applicazione anche i transessuali e se, quindi, il licenziamento per motivi legati al mutamento di sesso costituisse una violazione della direttiva stessa.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1996 in causa n. C-13/94, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2143; sentenza del 17 febbraio 1998 in causa n. C-249/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 621. Per un commento si vedano, tra gli altri: L. FLYNN, *Case Law, CMLR.*, 1997, p. 367 ss.; M. BELL, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P. v. S. to Grant v. SWT*, in *EL Journal*, 1999, p. 63 ss.; S. GRECO, *Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 1369 ss.; P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in questa *Rivista*, 1998, p. 609 ss.; T. CONDOR, *Community Discrimination Law: No Rights to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner*, in *EL Rev.*, 1998, p. 378 ss.

La Corte, facendo proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro, identifica innanzitutto il fenomeno del transessualismo riportandone la definizione data dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Rees c. Regno Unito*³⁰, per cui «Transsexualism is not a new condition, but its particular features have been identified and examined only fairly recently. The developments that have taken place in consequence of these studies have been largely promoted by experts in the medical and scientific fields who have drawn attention to the considerable problems experienced by the individuals concerned and found it possible to alleviate them by means of medical and surgical treatment. The term "transsexual" is usually applied to those who, whilst belonging physically to one sex, feel convinced that they belong to the other; they often seek to achieve a more integrated, unambiguous identity by undergoing medical treatment and surgical operations to adapt their physical characteristics to their psychological nature. Transsexuals who have been operated upon thus form a fairly well-defined and identifiable group» (punto 38 della sentenza). La sentenza prosegue ricordando che la direttiva n. 76/207 non è che «l'espressione, nella materia considerata, del principio di uguaglianza, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario» e che «la sfera di applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso. Tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell'interessata». Sulla base di queste considerazioni e della convinzione per cui «il tollerare una discriminazione del genere sarebbe equivalente, nei confronti di siffatta persona, al fallimento del rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte ha il dovere di tutelare», la Corte di giustizia conclude per l'applicabilità della direttiva anche alle discriminazioni che traggono origine nel mutamento di sesso dell'interessata.

Sulla scia di questa pronuncia, e soprattutto dell'interpretazione di discriminazione fondata sul sesso in essa data, una cittadina inglese, la signorina Grant, ha pensato di potere ottenere tutela del suo *orientamento sessuale*. La signorina si era, infatti, vista negare dalla compagnia ferroviaria inglese presso cui lavorava, una agevolazione di viaggio per la compagna omosessuale con la quale conviveva da più di due anni, agevolazione che invece risulta concessa a favore del coniuge o della persona, *di sesso opposto*, con la quale il lavoratore intrattiene una relazione stabile fuori del matrimonio. Anche in questo caso il nodo da sciogliere era l'interpretazione e la portata della nozione «discriminazione fondata sul sesso». La Corte questa volta non abbraccia *in toto* le conclusioni dell'Avvocato Generale Elmer e comincia con il negare

³⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 ottobre 1986 in causa *Rees c. Regno Unito*, serie A, n. 106.

che in questo caso vi sia una discriminazione diretta fondata sul sesso, in quanto «le agevolazioni di cui trattasi vengono negate al lavoratore di sesso maschile che viva con una persona dello stesso sesso così come vengono negate al lavoratore di sesso femminile che vive con una persona dello stesso sesso» (punto 27 della motivazione). Dopo avere accertato che fino a quel momento la Comunità non aveva emanato norme che comportassero un'equiparazione tra convivenze eterosessuali e convivenze omosessuali e dopo avere esaminato brevemente le decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo³¹ nonché le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo per le quali l'art. 12 CEDU deve essere applicato unicamente al matrimonio tra due persone di sesso opposto, la Corte afferma la non equiparabilità delle relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso a quelle tra persone di sesso opposto. Infine – qui forse il passo più importante, per quanto riguarda la possibilità che con la sentenza *P. c. S.* la Corte abbia "allargato" la nozione di discriminazione fondata sul sesso fino a ricomprendervi quelle motivate dall'orientamento sessuale dell'interessato – la Corte precisa che in quel caso le discriminazioni «erano in realtà fondate essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato. Un ragionamento del genere, in forza del quale le dette discriminazioni vanno vietate analogamente a quelle fondate sull'appartenenza di una persona ad un determinato sesso, cui sono strettamente connesse, è limitato al caso del cambiamento di sesso di un lavoratore e non si applica, quindi, alle disparità di trattamento fondate sull'orientamento sessuale dell'individuo» (punto 42 della motivazione).

Come si è avuto modo di notare, anche la Corte dei diritti dell'uomo si è trovata spesso a pronunciarsi sul diritto dei transessuali (per la maggior parte britannici) di contrarre matrimonio conformemente al sesso riattribuito ed in particolare sull'applicazione ed interpretazione degli artt. 8 e 12 CEDU nei loro confronti. Ci riferiamo alla citata sentenza *Rees* nella quale la Corte, interpretando in senso restrittivo il diritto di sposarsi, respinge il ricorso presentato da un transessuale inglese basandosi sul fatto che il diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 CEDU si riferisce al matrimonio tradizionale tra persone di sesso biologico e sulla considerazione che «per il momento, occorre lasciare che lo Stato convenuto decida fino a che punto può andare incontro alle esigenze dei transessuali (...). La necessità di misure giuridiche appropriate deve spingere ad effettuare un esame costante, che tenga presente l'evoluzione della scienza e della società» (punto 47 della sentenza). Anche la sentenza *Cos-*

³¹ In base alle quali «nonostante i mutamenti odierni delle mentalità nei confronti dell'omosessualità, le relazioni omosessuali durevoli non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita familiare tutelato dall'art. 8 della CEDU e le norme nazionali volte a garantire, a scopo di tutela della famiglia, un trattamento più favorevole alle persone coniugate e alle persone di sesso opposto conviventi *more uxorio* rispetto alle persone dello stesso sesso che abbiano relazioni durevoli non sono in contrasto con l'art. 14 CEDU, che vieta in particolare le discriminazioni fondate sul sesso».

*sey c. Regno Unito*³² conferma l'ampio margine di discrezionalità che i giudici di Strasburgo lasciano in questo campo agli Stati membri; e nella sentenza *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*³³, oltre a confermare quanto sopra, i giudici di Strasburgo ricordano che «la transessualità presenta tuttora complesse problematiche di ordine scientifico, giuridico, morale e sociale, per le quali non esiste negli Stati contraenti un consenso unanime» (punto 58 della sentenza).

Tuttavia, anche questa impostazione della Corte dei diritti dell'uomo era destinata a cambiare, e la prova è stata la sentenza *Goodwin c. Regno Unito*³⁴, che ha operato una svolta radicale nella giurisprudenza. I giudici di Strasburgo, dopo avere analizzato la giurisprudenza precedente e dopo un'attenta analisi dell'evoluzione giuridica e sociale, hanno affermato, al punto 93 della sentenza, in maniera alquanto decisa, che il Regno Unito, nella sua qualità di convenuto, «can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant. There has, accordingly, been a failure to respect her right to private life in breach of Article 8 of the Convention».

I giudici di Strasburgo, sempre all'unanimità, hanno altresì ravvisato la violazione dell'art. 12 della Convenzione, in quanto hanno, innanzitutto, considerato artificiosa l'affermazione secondo cui le persone che si sono sottoposte ad un'operazione di cambiamento di sesso non sarebbero private del diritto di contrarre matrimonio, poiché la legge inglese (su cui più dettagliatamente vedi *infra*) consente loro di sposarsi con una persona di sesso opposto rispetto a quello cui appartenevano prima dell'operazione. Nel caso della signorina Goodwin, i giudici hanno riconosciuto (al punto 101 della sentenza) che la signorina, la quale vive come una donna ed ha una relazione stabile con un uomo con il quale desidera sposarsi, non gode di questa possibilità e hanno aggiunto che «sebbene spetti allo Stato contraente stabilire, *inter alia*, le condizioni che deve soddisfare il transessuale, che rivendica il riconoscimento della sua nuova identità sessuale, per dimostrare che il suo cambiamento è reale, quelle in presenza delle quali un precedente matrimonio perde la sua validità o anche le condizioni applicabili ad un futuro matrimonio (per esempio, le informazioni che debbono scambiarsi i futuri sposi), non si ravvisa alcun moti-

³² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 settembre 1990, serie A, n. 256.

³³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 30 luglio 1998, *Report*, 1998-V.

³⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'11 luglio 2002, *Report*, 2002-VI.

vo a giustificazione del fatto che ai transessuali venga negato, in assoluto, il diritto di sposarsi».

Il soffermarsi su questa decisione non è del tutto casuale perché, come si avrà modo di constatare, essa gioca un ruolo di fondamentale importanza nella sentenza che qui si commenta.

3. I fatti origine della causa e le argomentazioni delle parti

Il procedimento prende avvio da una ordinanza con la quale la *Court of Appeal (England & Wales – Civil Division)* sottoponeva alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 CE, una questione pregiudiziale in merito all'interpretazione dell'art. 141 CE e della direttiva n. 75/117 relativi all'applicazione della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile. La questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la signora K. B., infermiera, iscritta al regime pensionistico del *National Health Service* (in prosieguo NHS), da un lato, e il *NHS Pensions Agency* e il *Secretary of State for Health*, dall'altro.

La signora K. B., da anni, ha una relazione affettiva e di convivenza con il signor R., una persona di sesso femminile e registrata come tale allo stato civile, che, affetta da disforia di genere, in seguito ad una operazione di cambiamento di sesso, è diventata un uomo senza, però, potere modificare il suo atto di nascita e formalizzare, così, tale cambiamento. Nel Regno Unito, infatti, il *Birth and Deaths Registration Act* del 1953, all'art. 29, vieta ogni modifica al registro degli atti di nascita, salvo nel caso di errore di scrittura o di errore materiale.

K. B. ed R. nei confronti dello Stato sono due donne, ed in quanto di ugual sesso impossibilitate a contrarre matrimonio tra di loro contrariamente alla loro volontà; l'art. 11 del *Matrimonial Causes Act* del 1973, infatti, dichiara nullo ogni matrimonio in cui i coniugi non siano rispettivamente di sesso maschile e di sesso femminile.

Il regime previdenziale a cui risulta iscritta K. B., di cui al *NHS Pension Scheme Regulations* del 1995, prevede la concessione di una pensione di reversibilità per vedovi al coniuge superstite di un iscritto, dove per coniuge si intende unicamente una persona unita in matrimonio con l'iscritto. Poiché, allora, R. non ha diritto di sposarsi, non può aspirare ad ottenere tale pensione nel caso di premorienza della sua convivente³⁵.

³⁵ Per completare il quadro della normativa nazionale che viene in rilievo nella controversia in oggetto occorre richiamare il *Sex Discrimination Act* del 1975 che vieta al datore di lavoro di operare qualsiasi forma di *discriminazione diretta* che consista nel riservare alle persone di un determinato sesso un trattamento meno favorevole rispetto a quelle del sesso opposto; lo stesso proibisce anche le forme di *discriminazione indiretta* in base al sesso, che viene definita sostanzialmente come l'imposizione di condizioni o di requisiti di forma uniformi, che pregiudicano le persone di

K. B. adiva, allora, l'*Employment Tribunal* sostenendo che tale rifiuto costituiva una *discriminazione diretta* fondata sul sesso di natura retributiva contraria all'art. 141 TCE ed alla direttiva n. 75/117 e inoltre precisando che tale disparità, comunque, costituiva una *discriminazione indiretta* in quanto sarebbe derivata, più che dalla condizione sessuale sua e del suo convivente, dalle norme di diritto civile nazionale disciplinanti la determinazione del sesso e le condizioni legali per contrarre matrimonio. A sostegno della propria tesi la ricorrente richiamava, oltre la normativa comunitaria, la sentenza della Corte di giustizia nel caso *P. c. S.*, per cui, in tale contesto, doveva darsi un'interpretazione del concetto di "vedovanza" che includesse anche il convivente superstite di una coppia che acquisirebbe tale qualità se la sua identità sessuale non fosse il risultato di un'operazione medica di cambiamento di sesso.

I convenuti nel procedimento nazionale, ossia il *NHS Pensions Agency* e il *Secretary of State for Health*, hanno affermato che non soltanto la pretesa della ricorrente non teneva conto della sentenza nel caso *Grant*, in cui si è affermata la non equiparazione del convivente omosessuale al convivente eterosessuale, ma anche che, sebbene nella sentenza *P. c. S.*, la Corte avesse dichiarato che il trattamento sfavorevole di un transessuale in ragione del mutamento di sesso intervenuto a seguito di operazione costituiva discriminazione fondata sul sesso in violazione del principio di uguaglianza, essa tuttavia non ha riconosciuto ai transessuali "tutti" i diritti propri del loro nuovo sesso.

Sia l'*Employment Tribunal*³⁶ che l'*Employment Appeal Tribunal*³⁷ ritenevano fondati gli argomenti degli enti convenuti e respingevano il ricorso.

K. B. di fronte a tali rifiuti si rivolgeva alla *Court of Appeal* che, a sua volta, decideva di sospendere il giudizio e sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 141 CE (ex art. 119) e della direttiva n. 75/117 ed in particolare se «l'esclusione del convivente transessuale (una persona originariamente di sesso femminile) di una donna iscritta al *National Health Service Pension Scheme*, in forza del quale le prestazioni per persone a carico spettano solo al vedovo, costituisca una discriminazione basata sul sesso, vietata dall'art. 141 CE e dalla direttiva n. 75/117».

Come sopra si è avuto modo di ricordare, l'art. 141 CE al primo comma, assicura «l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile» mentre al secondo comma

un determinato sesso in maniera sproporzionata ed ingiustificata. A seguito della sentenza *P. c. S.* tale normativa è stata emendata attraverso i *Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations* del 1999 che hanno incluso nell'ambito di applicazione della legge del 1975 la discriminazione diretta nei confronti di qualsiasi lavoratore dipendente per il fatto di avere subito un intervento di cambiamento di sesso. Le nuove disposizioni definiscono il cambiamento di sesso come un «processo intrapreso sotto controllo medico avente lo scopo di mutare il sesso di una persona tramite l'alterazione dei suoi caratteri fisiologici e di altre caratteristiche legate al sesso».

³⁶ Con sentenza del 16 marzo 1998.

³⁷ Con sentenza pronunciata in appello del 19 agosto 1999.

chiarisce che «per retribuzione si intende (...) il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo». Dal canto suo, la direttiva n. 75/117 prevede all'art. 1 che «il principio della parità di retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile (...) implica, per uno stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni», impone agli Stati membri, all'art. 3, di sopprimere «le discriminazioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile derivanti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e contrarie al principio della parità delle retribuzioni» e, all'art. 4, di prendere «le misure necessarie affinché le disposizioni contrarie al principio della parità delle retribuzioni e contenute in contratti collettivi, tabelle o accordi salariali o contratti individuali di lavoro siano nulle, possano essere dichiarate nulle o possano essere modificate».

Nell'ordinanza di rinvio la *Court of Appeal* chiedeva di chiarire il concetto di «discriminazione fondata sul sesso» utilizzato per decidere le sentenze *P. c. S.* e *Grant*; ovvero se il criterio seguito dalla Corte fosse basato sulla negazione del carattere discriminatorio di una disciplina applicata indifferentemente a uomini e donne o se invece «detto criterio significa che il sesso, come motivo di discriminazione, comprende l'identità sessuale ma non le tendenze sessuali»; e inoltre se il diniego di una pensione di reversibilità ai transessuali potesse menomare i loro diritti derivanti dagli artt. 14 e 8 della CEDU. Comunque, la *Court of Appeal* respingeva qualsiasi valutazione relativa ad una discriminazione indiretta «poiché non vi è motivo di ritenere che la condizione del matrimonio incida in modo differenziato sugli uomini e sulle donne che hanno una relazione con transessuali; sostenere che tale condizione ha un impatto diseguale su queste persone significherebbe considerarle erroneamente come un terzo sesso».

Dal canto suo, di fronte al giudice comunitario, K. B. sottolinea maggiormente la tesi della *discriminazione indiretta* affermando che «la decisione che le nega il diritto di designare R. come beneficiario della pensione di reversibilità è stata adottata unicamente per un motivo legato al cambiamento di sesso di quest'ultimo. Infatti se R. non avesse cambiato sesso e se ciò non gli impedisse di contrarre matrimonio, R. avrebbe diritto alla pensione di reversibilità in qualità di coniuge superstite». K. B., inoltre, "suggerisce" al giudice comunitario, per arrivare alla medesima conclusione, di applicare la dottrina della sentenza *P. c. S.* con l'unico accorgimento di sostituire nell'affermazione che il diritto comunitario «osta al licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso» l'espressione «licenziamento di un transessuale» con «diniego di una pensione di reversibilità ad un transessuale» o in alternativa di fornire un'interpretazione del concetto di «coniuge superstite»

tale da ricomprensivi tutti quei soggetti che pur avendo una relazione stabile non sono sposati. Come ha evidenziato in udienza non chiede «il riconoscimento del diritto dei transessuali a contrarre matrimonio, ma soltanto il riconoscimento di un diritto di tali soggetti a che le coppie da essi formate siano equiparate a coppie di coniugi quanto alla concessione di prestazioni pecuniarie».

4. Le conclusioni dell'Avvocato Generale e la soluzione della Corte

Fin dalle prime battute, l'Avvocato Generale Colomer manifesta l'opinione secondo cui «in pratica, così come è formulata la questione pregiudiziale, la sussistenza, nella fattispecie, di una discriminazione contraria all'art. 141 CE ed alla direttiva n. 75/117, dipende dalla circostanza che sia ad essa applicabile la giurisprudenza contenuta nella sentenza *P. c. S.* Oltre tale aspetto, non sembra facile, come pretende la ricorrente nella causa principale, ignorare l'incidenza sulla soluzione del problema relativo alle condizioni imposte dal diritto nazionale per contrarre matrimonio e, in concreto, l'ostacolo che, a tali fini, presuppone l'impossibilità di rettificare l'annotazione corrispondente del registro di stato civile in conseguenza di un'operazione di cambiamento di sesso» (punto 46 delle Conclusioni). Inoltre concorda con la tesi sostenuta da *K. B.*, per cui è del tutto indifferente, ai fini della valutazione della Corte di giustizia, la circostanza che la disparità denunciata consista in un licenziamento o nel diniego di una pensione di reversibilità, considerato che, nell'uno e nell'altro caso, si tratta di diritti il cui godimento paritario è garantito dalla normativa comunitaria. Tuttavia precisa che il diniego della pensione di reversibilità non trae origine direttamente nel mutamento di sesso della persona interessata, ma dall'incapacità di quest'ultima di soddisfare uno dei requisiti necessari stabiliti dal diritto nazionale affinché sia validamente contratto un matrimonio con la persona titolare della pensione principale, ovvero la diversità di sesso dei coniugi. Quindi, in realtà il diniego della pensione si spiegherebbe non con il mutamento di sesso ma con il mancato cambiamento di sesso, secondo la legge, del transessuale, elemento questo che impedisce di contrarre un matrimonio valido. «Tale argomentazione porta inevitabilmente a chiedersi se un analogo diniego di riconoscere pieni effetti ad un'operazione di cambiamento di sesso risulti conforme ai valori fondamentali dell'ordinamento e, parallelamente, spinge ad interrogarsi sulla competenza del giudice comunitario a pronunciarsi in proposito» (punto 52 delle Conclusioni). Per farlo l'Avvocato Generale passa in rassegna la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia per arrivare a concludere che non può dedursi dalla direttiva sulla parità delle retribuzioni, né dall'art. 141, che si debba attribuire al convivente non coniugato di un iscritto al *NHS* un beneficio, quale la pensio-

ne di reversibilità, riservato al coniuge superstite; la circostanza che il soggetto sia un transessuale non è in via di principio determinante nell'esclusione del riconoscimento di tale diritto, dal momento che la stessa soluzione sarebbe adottata anche di fronte ad impedimenti al matrimonio di diversa natura (ad esempio, nel caso di soggetti che non abbiano raggiunto l'età per sposarsi, o che siano legate tra loro da vincoli di sangue, ecc.).

Ecco, quindi, come l'Avvocato Generale "ribalta" la questione «sulla compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che, non ammettendo il matrimonio dei transessuali, nega a questi ultimi la possibilità di ottenere una pensione di reversibilità per vedovi» (punto 64 delle Conclusioni). A questo punto, per accogliere la pretesa devono essere soddisfatte due condizioni: la prima è che la normativa inglese sia compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con i suoi principi fondamentali. Il fatto che i transessuali britannici non possano contrarre matrimonio secondo il loro nuovo sesso è indiscutibilmente in contrasto con un principio generale del diritto comunitario. Muovendo dalla considerazione che (sulla base della giurisprudenza della Corte) il contenuto di tali principi fondamentali deve essere accertato sulla base delle tradizioni costituzionali comuni e dei trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo (tra cui particolare importanza riveste la CEDU), l'Avvocato Generale³⁸ non può fare a meno di constatare che, di fronte al fatto che tra i Paesi dell'Unione gli unici a non riconoscere il diritto dei transessuali di sposarsi in base al loro nuovo sesso sono l'Irlanda ed il Regno Unito, questo diritto può, di per sé, essere considerato «come facente parte del patrimonio giuridico comune» (punto 67 delle Conclusioni). Ad avvalorare ancora di più tali considerazioni viene richiamata la sentenza *Goodwin* della Corte europea dei diritti dell'uomo per cui tale diritto rientra nell'art. 12 della CEDU.

La seconda condizione che deve essere soddisfatta è che la Corte di giustizia sia competente a pronunciarsi, ovvero che la controversia verta su una delle materie previste dal Trattato. Osserva, infatti, il Governo britannico che la mera incompatibilità di una normativa interna con un diritto fondamentale riconosciuto in ambito comunitario non può avere l'effetto di estendere tale ambito oltre le competenze del Trattato.

Il problema si sposta, quindi, sul piano della ascrizione delle pensioni di reversibilità nel raggio di azione dell'art. 141 CE e sulla configurabilità della discriminazione di cui sono oggetto i transessuali come discriminazione fondata sul sesso. La risposta al primo quesito si trova nell'analisi della giurisprudenza

³⁸ E ciò dopo una breve ma efficace analisi comparativa della situazione giuridica degli Stati membri dalla quale è risultato che il matrimonio dei transessuali in conformità al nuovo sesso è ammesso dalla maggioranza degli Stati membri o espressamente in via legislativa (come in Italia, Germania, Paesi Bassi e Grecia) o attraverso prassi amministrative (come in Austria e Danimarca) o ancora attraverso interpretazioni giurisprudenziali (come in Belgio, Finlandia, Francia, Lussemburgo, Portogallo e Spagna) (punto 28 delle Conclusioni).

della Corte di giustizia, secondo cui la nozione di retribuzione così come è definita dall'art. 141 CE non si estende ai regimi o alle prestazioni previdenziali direttamente disciplinate dalla legge³⁹. Per contro, tale nozione comprende le prestazioni concesse in forza di un regime pensionistico convenzionale, che dipendono essenzialmente dal posto ricoperto dall'interessato, dal momento che si ricollegano alla retribuzione⁴⁰; in quest'ambito si inserisce la pensione di reversibilità che pertanto rientra nella sfera di applicazione dell'art. 141 CE. La Corte ha precisato al riguardo che la circostanza che la suddetta pensione, per definizione, non sia corrisposta al lavoratore, ma al coniuge superstite, non è tale da infirmare questa interpretazione, in quanto tale prestazione è un vantaggio che trae origine dall'iscrizione al regime del coniuge del superstite, di modo che la pensione spetta a quest'ultimo nell'ambito del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il suddetto coniuge e gli è corrisposta in conseguenza dell'attività lavorativa svolta da quest'ultimo; quindi il coniuge superstite potrà invocare l'art. 141 CE per ottenere il riconoscimento del principio dell'estensione del suo diritto al versamento di una pensione di reversibilità⁴¹.

Anche il problema della qualificazione della disparità di trattamento di cui sono oggetto i transessuali come discriminazione fondata sul sesso trova soluzione nella giurisprudenza della Corte ed in particolare nella già citata sentenza *P. c. S.* secondo la quale tale nozione non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso ma include anche quelle che hanno origine nel mutamento di sesso (cfr. punti 20 e 21 della sentenza).

Considerato come «evidente e pacifico» che il diritto a percepire una pensione di reversibilità è tutelato dall'art. 141 CE e che la discriminazione di cui sono oggetto i transessuali sia una discriminazione fondata sul sesso, il nodo da sciogliere consiste «nel fatto che *la discriminazione controversa non riguarda direttamente il godimento di un diritto tutelato dal Trattato bensì uno dei suoi presupposti*» (corsivo aggiunto) cioè la capacità di contrarre matrimonio (punto 74 delle Conclusioni).

L'Avvocato Generale Colomer risolve il problema sostenendo che tale differenza non avrebbe potuto, di per sé, condurre ad una soluzione diversa da quella adottata nel caso *P. c. S.* e arriva a configurare anche nel caso in esame un'ipotesi di disparità di trattamento la quale, se pur «opera in forma indiretta, la

³⁹ In tal senso, sentenze della Corte di giustizia del 28 settembre 1994 in causa n. C-7/93, *Beune*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4471, punto 44; del 25 maggio 2000 in causa C-50/99, *Podesta*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4039, punto 24.

⁴⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 13 maggio 1986 in causa 170/84, *Bilka*, in *Raccolta*, 1986, p. 1607, punto 22; del 10 febbraio 2000 in cause riunite n. C-234/96 e n. C-235/96, *Deutsche Telekom*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 799, punto 32.

⁴¹ Sentenze della Corte di giustizia del 6 ottobre 1993 in causa n. C-109/91, *Ten Oever*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4879, punti 12 e 13; del 9 ottobre 2001 in causa n. C-379/99, *Menauer*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7275, punti 18 e 19; del 12 settembre 2001 in causa n. C-351/00, *Niemi*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7007, punto 40.

discriminazione rimane diretta. Si potrebbe parlare di discriminazione indiretta solo se venissero applicati criteri diversi dal sesso, ma l'impedimento al matrimonio in questione trae origine e si spiega unicamente in base al mutamento di sesso dell'interessato, elemento che rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE»; la qualificazione della discriminazione come *diretta* permette di fondare la competenza della Corte sulla base dell'art. 141 CE mentre qualificarla come *operante in forma indiretta* permette di superare il problema che all'origine della violazione controversa non si trova «il mutamento di sesso» ma «il mancato riconoscimento del nuovo sesso».

Una prima lettura della pronuncia della Corte mette in evidenza due peculiarità che riguardano il punto di vista formale-processuale. La prima riguarda la titolarità dell'azione: come si è potuto constatare la parte ricorrente non è quella che, eventualmente, avrebbe potuto in seguito reclamare il diritto ad ottenere la pensione di reversibilità ma la sua convivente; la seconda riguarda l'attualità dell'interesse: si discute infatti non sulla violazione di un diritto esistente ma sulla violazione di un diritto del tutto ipotetico. Il fatto che la Corte non si sia semplicemente pronunciata con una dichiarazione di inammissibilità dimostra come i giudici comunitari abbiano inteso affrontare la sostanza della questione che concerne il rispetto dei diritti fondamentali.

Nella sentenza in oggetto, i giudici comunitari dimostrano sostanzialmente di "sposare" la tesi dell'Avvocato Generale pur senza esplicitare tutti i passaggi logici che caratterizzavano le conclusioni, riconoscendo che in una situazione quale quella di cui alla causa principale, esiste tuttavia una disparità di trattamento che, pur non mettendo direttamente in causa il godimento di un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, incide su una delle condizioni per la sua concessione. Come ha giustamente sottolineato l'Avvocato Generale al par. 74 delle sue Conclusioni, tale disparità di trattamento riguarda non il riconoscimento di una pensione di reversibilità, ma una condizione preliminare indispensabile alla concessione di questa, ossia la capacità di contrarre matrimonio.

Quasi a volere ulteriormente rafforzare, e forse anche giustificare, questa sua presa di posizione di fronte ad un problema così delicato, la Corte richiama la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Goodwin* e le considerazioni sulla posizione dei transessuali nel Regno Unito ivi richiamate.

La Corte conclude, come affermato dall'Avvocato Generale, che «l'art. 141 osta in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della CEDU, impedisce ad una coppia quale K. B. ed R., di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro». Competerà adesso al giudice nazionale verificare se nell'ipotesi di cui alla causa principale, K. B. possa invocare l'art. 141 CE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità.

Al momento della stesura del presente commento non risulta emessa la

sentenza del giudice inglese che probabilmente troverà la soluzione al caso in esame attraverso un'interpretazione di «avente diritto alla pensione di reversibilità» tale da ricomprendere anche la situazione di K. B. e del suo convivente transessuale anche perché tale strada è stata già percorsa nel decidere il recente caso *A v. Chief Constable of West Yorkshire Police* del 6 maggio 2004⁴². La signora A, transessuale, presentava domanda per entrare nel West Yorkshire Police come agente donna spiegando in una lettera di accompagnamento di essere una «male-to-female transsexual» e chiedendo se ciò potesse creare qualche problema; le veniva risposto che il suo caso era stato preso in esame e che non vi era alcun tipo di problema. La signora A, però, dopo essersi sottoposta a tutte le prove di ammissione e dopo averle superate con successo, riceveva una comunicazione da parte del Assistant Chief Constable dove le si comunicava che il problema degli aspiranti poliziotti transessuali era stato rivisto e che era stato deciso che «transsexuals will not be appointed to the Force» e spiegava tale diniego sulla considerazione che «Candidates will not be appointed unless they are capable of performing the full duties of a Police Constable. Unfortunately, as you are already aware, legislation affects the carrying out of searches on persons in custody by transsexuals and, therefore, you would not be able to undertake full duties». La signora A, ritenendosi vittima di una discriminazione sessuale, sottoponeva la questione ai giudici inglesi, i quali si sono trovati a dover considerare non solo il diritto nazionale ma anche e soprattutto la normativa e la giurisprudenza europea. L'analisi della questione ha portato il giudice inglese a concludere che la signora A è stata oggetto di discriminazione in quanto, essendo considerata uomo, non possiede i requisiti richiesti e quindi, per risolvere la controversia, fornisce una interpretazione conforme al diritto comunitario delle condizioni previste dalla legge per diventare un agente donna che comporta, limitatamente all'accesso al ruolo desiderato, che la signora A venga considerata a tutti gli effetti una donna.

È indubbio che molto presto il Governo britannico dovrà prendere provvedimenti in materia e garantire così anche ai transessuali quel nucleo di diritti che appartengono all'essere umano in quanto tale e non perché appartenente all'uno o l'altro sesso.

Ancora una volta la Corte di giustizia, tramite la tutela di situazioni giuridiche rilevanti per il diritto comunitario concernenti il trattamento giuridico ed economico dei lavoratori, attraverso ragionamenti che possono sembrare a prima vista "forzati", innalza lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali.

Alice Anselmo*

⁴² Tale sentenza è reperibile nel sito www.parliament.the-stationery-office.co.uk.

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano.

**L'AIUTO COMUNITARIO PER I FORAGGI ESSICCATI
NON DEVE ESSERE ASSOGGETTATO ALL'IMPOSTA
SUL VALORE AGGIUNTO**

Corte di giustizia

Sentenza del 15 luglio 2004 in causa n. C-381/01*

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato membro - Mancata applicazione dell'IVA sull'importo degli aiuti versati in applicazione del regolamento (Ce) n. 603/1995 - Art. 11 della sesta direttiva n. 77/388/Cee - Rigetto.

La nozione di «sovvenzioni direttamente connesse con il prezzo» ai sensi dell'art. 11, parte A, n. 1, lett. a., della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/Cee, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, include unicamente le sovvenzioni che costituiscono il corrispettivo totale o parziale di un'operazione di cessione di beni o di prestazione di servizi e che sono versate da un terzo al venditore o al prestatore. Tale non è il caso degli aiuti versati in applicazione dell'art. 3 del regolamento (Ce) del Consiglio 21 febbraio 1995, n. 603, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei foraggi essiccati. Le condizioni necessarie per includere detti aiuti nella base imponibile dell'IVA non sono soddisfatte.

(Omissis)

* Non ancora pubblicata in *Raccolta*. In argomento v. *infra*, p. 745 ss., il commento di *SERGIO VENTURA*.

1. Con atto introduttivo depositato nella cancelleria della Corte il 4 ottobre 2001, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica italiana, non avendo applicato l'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA») sull'importo degli aiuti versati in applicazione del regolamento (Ce) del Consiglio 21 febbraio 1995, n. 603, relativo all'organizzazione comune dei mercati dei foraggi essiccati (*Gu-Ue* n. L 63, p. 1), è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 11 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/Cee, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (*Guce* n. L 145, p. 1; in prosieguo: la «sesta direttiva»).

(*Omissis*)

Nel merito

Argomenti delle parti

16. La Commissione rileva che sono soggette all'IVA le operazioni svolte dalle imprese di trasformazione di foraggi secondo due delle tre possibili modalità di svolgimento delle loro attività, vale a dire:

- acquistando foraggi freschi dai produttori e rivendendo successivamente a terzi il prodotto trasformato;
- stipulando con i produttori contratti di lavorazione dei foraggi freschi, restituendo quindi il prodotto trasformato ai suddetti produttori senza acquistarne la proprietà.

17. Nel caso di imprese di trasformazione che acquistano i foraggi da produttori per poi rivenderli a terzi, si avrebbe conclusione di contratti di acquisto e rivendita di beni, operazioni che sarebbero manifestamente da qualificare come cessioni di beni ai sensi della sesta direttiva, e come tali sarebbero soggette a tassazione.

18. Nel caso di contratti di lavorazione, dato che l'impresa di trasformazione restituisce il foraggio essiccato al produttore di foraggi freschi, l'operazione sarebbe da qualificare come prestazione di un servizio di disidratazione del foraggio. La detta prestazione di un servizio sarebbe dunque, in quanto tale, imponibile sulla base della sesta direttiva.

19. Conformemente all'art. 11, parte A, n. 1, lett. a), di quest'ultima, le operazioni imponibili dovrebbero comportare l'applicazione dell'IVA agli aiuti versati nell'ambito del regolamento n. 603/95.

20. La Commissione rileva che, ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 603/95, «[l']aiuto di cui all'art. 3 è concesso soltanto alle imprese di trasformazione (...)». Tali imprese sarebbero pertanto le destinatarie delle sovvenzioni in senso giuridico, che il legislatore comunitario ha inteso individuare riferendosi, all'art. 11, parte A, n. 1, lett. a., della sesta direttiva, al «corrispettivo (...) da versare al fornitore o al prestatore». Non sarebbe dato rinvenire nel regolamento n. 603/95 alcun altro beneficiario, in senso giuridico, dell'aiuto alla commercializzazione dei foraggi essiccati.

21. La Commissione ammette che una sovvenzione a una determinata categoria di imprese possa produrre conseguenze economicamente benefiche per operatori economici che si situano, nel circuito produttivo, tanto a monte delle imprese sov-

venzionate (nella fattispecie i produttori di foraggi freschi), quanto a valle delle stesse (nella fattispecie gli allevatori di bestiame). Essa osserva che, nel caso dei contratti di lavorazione, è lo stesso legislatore comunitario che prescrive all'impresa di trasformazione, all'art. 11, n. 2, del regolamento n. 603/95, di riversare ai produttori l'aiuto versato dall'organismo di intervento.

22. Tuttavia, la possibilità che una sovvenzione arrechi beneficio ad altri operatori o l'obbligo di riversare in tutto o in parte una sovvenzione ad altri operatori non cambierebbero minimamente i termini giuridici del problema. Infatti, il destinatario dell'aiuto in senso giuridico, cioè l'impresa di trasformazione, dovrebbe essere distinto dal beneficiario indiretto, in senso economico, della sovvenzione.

23. La Commissione sostiene che, utilizzando, all'art. 11, parte A, n. 1, lett. *a.*, della sesta direttiva, la nozione di «sovvenzioni direttamente connesse con il prezzo», il legislatore comunitario ha inteso includere nella base imponibile dell'IVA tutti gli aiuti che incidono in modo diretto sul «quantum» di corrispettivo percepito dal fornitore o dal prestatore. Tali sovvenzioni dovrebbero presentare un nesso diretto, o addirittura un nesso di causalità, con la fornitura di beni o la prestazione di servizi esattamente quantificati o quantificabili: l'aiuto sarebbe erogato nei limiti in cui i detti beni o servizi siano effettivamente venduti sul mercato. Orbene, ciò si verificherebbe nel caso di specie.

24. Il Governo italiano rileva, per quanto riguarda i contratti di lavorazione, che a beneficiare dell'aiuto sarà non l'impresa di trasformazione, bensì il produttore, in forza dell'art. 11, n. 2, del regolamento n. 603/95, ai sensi del quale i contratti di lavorazione devono contenere una clausola che preveda l'obbligo, per le imprese di trasformazione, di versare ai produttori l'aiuto di cui all'art. 3 dello stesso regolamento da esse ottenuto. Alla luce di ciò, l'aiuto erogato si porrebbe fuori dal campo di applicazione dell'IVA.

25. Per quanto riguarda l'ipotesi in cui l'impresa di trasformazione acquisti il foraggio fresco dal produttore per poi cederlo, dopo la trasformazione, a terzi, l'applicazione dell'IVA all'aiuto sarebbe subordinata alla prova che gli acquirenti di foraggi essiccati traggano profitto dalla sovvenzione. Orbene, una prova siffatta non sarebbe stata fornita.

(Omissis)

Giudizio della Corte

27. Disponendo che la base imponibile dell'IVA comprende, nelle ipotesi ivi previste, le sovvenzioni versate ai soggetti passivi, l'art. 11, parte A, n. 1, lett. *a.*, della sesta direttiva mira ad assoggettare all'IVA il valore complessivo dei beni o delle prestazioni di servizi e ad evitare così che il versamento di una sovvenzione provochi un gettito d'imposta inferiore.

28. Conformemente al suo tenore letterale, tale disposizione si applica qualora la sovvenzione sia direttamente connessa con il prezzo dell'operazione in questione.

29. Perché ciò avvenga, la sovvenzione dev'essere anzitutto specificatamente versata all'operatore sovvenzionato affinché fornisca un bene o presti un servizio determinato. Solo in questo caso la sovvenzione può essere considerata un corrispettivo della cessione di un bene o della prestazione di un servizio ed è pertanto imponibile.

Dev'essere rilevato, in particolare, che al beneficiario è riconosciuto il diritto di riscuotere la sovvenzione qualora un'operazione imponibile sia stata effettuata da quest'ultimo (sentenza 22 novembre 2001 in causa n. C-184/00, *Office des produits wallons*, in *Raccolta*, I, p. 9115, punti 12 e 13).

30. Occorre peraltro verificare che gli acquirenti del bene o i destinatari del servizio traggano profitto dalla sovvenzione concessa al beneficiario di quest'ultima. Infatti, è necessario che il prezzo che l'acquirente o il destinatario devono pagare sia fissato in modo tale da diminuire proporzionalmente alla sovvenzione concessa al venditore del bene o al prestatore del servizio, la quale costituisce allora un elemento di determinazione del prezzo richiesto da questi ultimi. Occorre quindi verificare se, obiettivamente, il fatto che una sovvenzione sia versata al venditore o al prestatore consenta a quest'ultimo di vendere il bene o di fornire il servizio ad un prezzo inferiore a quello che esso dovrebbe richiedere in mancanza di sovvenzione (sentenza *Office des produits wallons*, *cit.*, punto 14).

31. Il corrispettivo rappresentato dalla sovvenzione deve, almeno, essere determinabile. Non è necessario che l'importo della sovvenzione corrisponda esattamente alla diminuzione del prezzo del bene ceduto o del servizio prestato. È sufficiente che il rapporto tra la detta diminuzione e la sovvenzione, che può essere di tipo forfettario, sia significativo (sentenza *Office des produits wallons*, *cit.*, punto 17).

32. In definitiva, la nozione di «sovvenzioni direttamente connesse con il prezzo» ai sensi dell'art. 11, parte A, n. 1, lett. a., della sesta direttiva include unicamente le sovvenzioni che costituiscono il corrispettivo totale o parziale di un'operazione di cessione di beni o di prestazione di servizi e che sono versate da un terzo al venditore o al prestatore (sentenza *Office des produits wallons*, *cit.*, punto 18).

33. Si deve necessariamente rilevare che, nel caso di specie, le condizioni per un assoggettamento degli aiuti controversi all'IVA non sono soddisfatte rispetto a nessuna delle due categorie di operazioni indicate dalla Commissione, vale a dire, da un lato, la vendita da parte di un'impresa di trasformazione, previa essiccazione, di foraggi acquistati presso produttori di foraggi freschi e, dall'altro, il contratto di lavorazione concluso da un'impresa di trasformazione con un produttore di foraggi freschi.

Vendita previa essiccazione di foraggi acquistati presso i produttori

34. Come sostiene la Commissione, la vendita di foraggi essiccati da parte di un'impresa di trasformazione che ha acquistato la materia prima da produttori di foraggi freschi costituisce una cessione di beni ai sensi della sesta direttiva.

35. L'aiuto è versato all'impresa di trasformazione, che può disporne.

36. Tuttavia, esso non è direttamente connesso con il prezzo dell'operazione imponibile ai sensi dell'art. 11, parte A, n. 1, lett. a., della sesta direttiva.

37. Infatti, esso non è versato specificatamente affinché l'impresa di trasformazione fornisca foraggio essiccato ad un acquirente.

38. Nel caso di specie, le parti concordano nel riconoscere che non vi è penuria di foraggi essiccati sul mercato mondiale. È altresì pacifico che l'obiettivo del regime di aiuto è, da un lato, un incentivo alla produzione all'interno della Comunità nonostante i costi di produzione più elevati di quelli del mercato mondiale, al fine di garantire una fonte interna di approvvigionamento, e, dall'altro, la produzione di foraggi essiccati di qualità. A tale proposito, l'undicesimo *considerando* del regolamen-

to n. 603/95 sottolinea lo scopo sia di «favorire l'approvvigionamento regolare delle imprese di trasformazione dei foraggi freschi, sia [di] far beneficiare i produttori del regime di aiuto», e il decimo *considerando* rileva la necessità di determinare i criteri relativi alla qualità minima dei foraggi essiccati che danno diritto all'aiuto, criteri che sono precisati dall'art. 8 di tale regolamento.

39. Alla luce di ciò, non risulta che il regime di aiuti sia un regime di promozione del consumo. Esso non è diretto a indurre i terzi ad acquistare foraggio essiccato tramite prezzi che, grazie all'aiuto, siano inferiori al corso del mercato mondiale, situazione in cui una base imponibile dell'IVA limitata al prezzo pagato non corrisponderebbe al valore complessivo del bene ceduto. Esso è diretto a consentire ai detti terzi di rifornirsi nella Comunità ad un prezzo paragonabile al corso del mercato mondiale, corso a cui potrebbero ad ogni modo rifornirsi al di fuori della Comunità se, in mancanza di aiuto, l'offerta all'interno della stessa non esistesse o si rivelasse insufficiente. L'IVA applicata a tale prezzo copre pertanto il valore complessivo del bene sul mercato.

40. Già per questi soli motivi, e senza che occorra esaminare se ricorrano le altre condizioni necessarie per includere l'aiuto nella base imponibile dell'IVA, si deve dichiarare che la censura sollevata dalla Commissione per quanto riguarda la vendita previa essiccazione di foraggi acquistati presso i produttori è infondata.

Contratto di lavorazione

41. Come rileva la Commissione, il contratto di lavorazione ha come oggetto una prestazione di disidratazione, vale a dire la prestazione di un servizio, effettuata dall'impresa di trasformazione per conto del produttore di foraggi freschi.

42. Tuttavia, l'art. 11, parte A, n. 1, lett. *a.*, della sesta direttiva presuppone che la sovvenzione, per essere imponibile, sia versata a beneficio del fornitore del bene o del prestatore del servizio, di modo che quest'ultimo possa disporne.

43. Orbene, nel caso di contratti di lavorazione l'aiuto ottenuto dall'impresa di trasformazione non è versato a beneficio della stessa.

44. Certo, l'art. 9 del regolamento n. 603/95 enuncia che «[l']aiuto (...) è concesso soltanto alle imprese di trasformazione (...)».

45. Tuttavia, il quindicesimo *considerando* del regolamento n. 603/95 prevede, per quanto riguarda i contratti di lavorazione, il trasferimento dell'aiuto al produttore e l'art. 11, n. 2, di tale regolamento enuncia l'obbligo, per l'impresa di trasformazione, di versare ai produttori l'aiuto ottenuto dall'impresa stessa per i quantitativi trasformati in applicazione dei suddetti contratti.

46. Così, l'impresa di trasformazione non può disporre dell'aiuto percepito. Essa svolge solo un ruolo di intermediario tra l'ente erogatore dell'aiuto e il produttore di foraggi. A tale proposito, il criterio proposto dalla Commissione, vertente sulla nozione di «destinatario in senso giuridico» di una sovvenzione, indipendentemente dal vantaggio economico della stessa, non può essere accolto.

47. Alla luce di quanto sopra, l'aiuto non può essere considerato il corrispettivo, per l'impresa di trasformazione, della sua prestazione di servizi e non consente alla stessa di fornire la prestazione ad un prezzo inferiore.

48. Il prezzo del servizio di disidratazione deve pertanto prendere in considerazione i costi normali della trasformazione, di modo che l'IVA applicata a tale prezzo

copra il valore complessivo della prestazione.

49. L'aiuto trasferito a beneficio del produttore fa diminuire per quest'ultimo il costo del foraggio essiccato. Tuttavia, lo sgravio non interviene al momento del pagamento del prezzo dell'operazione imponibile. Esso interviene *a posteriori*, dopo il pagamento di un prezzo corrispondente al valore complessivo della prestazione.

50. Integrare nella base imponibile anche l'aiuto versato in definitiva al produttore di foraggi freschi avrebbe come conseguenza una sovratassazione dell'operazione di essiccazione, contraria all'obiettivo dell'art. 11, parte A, n. 1, lett. *a.*, della sesta direttiva.

51. Già per questi soli motivi, e senza che occorra esaminare se ricorrono le altre condizioni necessarie per includere l'aiuto nella base imponibile dell'IVA, si deve dichiarare che la censura sollevata dalla Commissione quanto ai contratti di lavorazione è infondata.

52. In definitiva, poiché nessuna delle censure sollevate dalla Commissione è fondata, il ricorso dev'essere respinto.

(Omissis)

L'IVA NON È APPLICABILE ALL'AIUTO COMUNITARIO PER I FORAGGI ESSICCATI

Sommario: **1.** *La sentenza della Corte di giustizia* - **2.** *La normativa comunitaria* - **3.** *La tesi della Commissione e la posizione degli Stati membri* - **4.** *Infondatezza della tesi della Commissione* - **5.** *Conclusione.*

1. La sentenza della Corte di giustizia

La sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia il 15 luglio 2004 nella causa n. C-381/01 fa parte di un gruppo di tre sentenze, sostanzialmente identiche, con le quali la Corte ha rigettato i ricorsi introdotti dalla Commissione delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 226 CE, diretti a far dichiarare che la Repubblica italiana, la Repubblica federale di Germania¹ e il Regno di Svezia², non avendo applicato l'IVA sull'importo degli aiuti versati in applicazione del regolamento (Ce) n. 603/95 non avrebbero rispettato gli obblighi previsti dall'art. 11 della sesta direttiva (n. 77/388/Cee) relativa al regime comune d'imposta sul valore aggiunto.

Con queste sentenze la Corte ha messo fine ad una controversia durata circa otto anni, che ha opposto la Commissione non soltanto ai tre Stati membri citati, ma anche ad altri Stati membri che tuttavia, in modo poco comprensibile, si sono conformati al parere della Commissione nella fase precontenziosa del procedimento previsto dall'art. 226 CE.

2. La normativa comunitaria

Per comprendere i termini della controversia, è utile ricordare che in virtù del regolamento (Ce) n. 603/95 del Consiglio e del regolamento (Ce) n.

¹ Sentenza del 15 luglio 2004 in causa n. C-144/02.

² Sentenza del 15 luglio 2004 in causa n. C-463/02.

785/95 della Commissione, per i foraggi essiccati (disidratati o essiccati al sole) è concesso un aiuto "forfetario" per tonnellata di prodotto alle imprese di trasformazione della Comunità nei limiti di quantitativi massimi garantiti fissati per ciascuna delle due categorie di prodotti (disidratati o essiccati al sole) e suddivisi tra gli Stati membri³.

L'aiuto è concesso

- alle imprese di trasformazione che rispettano le condizioni enumerate all'art. 9 del regolamento (Ce) n. 603/95 e quelle previste dal regolamento (Ce) n. 785/95 (segnatamente dall'art. 2, punto 2, e dall'art. 4)

- per i foraggi essiccati «usciti dall'impresa di trasformazione» e rispondenti ai requisiti previsti dall'art. 8 del regolamento (Ce) n. 603/95 e dall'art. 3 del regolamento (Ce) n. 785/95.

Occorre precisare, in particolare, che ai sensi dell'art. 9, lett. c. del regolamento (Ce) n. 603/95, l'aiuto è concesso soltanto alle imprese che rientrano in almeno una delle categorie seguenti:

a. imprese che hanno stipulato contratti con produttori di foraggi da essiccare;

b. imprese che lavorano la propria produzione ovvero, in caso di associazioni, quella dei loro soci;

c. imprese che siano approvvigionate da persone fisiche o giuridiche presentanti garanzie da stabilirsi e che abbiano stipulato contratti con produttori di foraggi da essiccare; dette persone fisiche o giuridiche possono procedere ad acquisti di foraggi soltanto se le autorità competenti degli Stati membri in cui i foraggi sono stati raccolti hanno loro accordato il proprio riconoscimento.

Infine, si devono citare l'art. 2, n. 1 e l'art. 11, parte A, n. 1, lett. a., della sesta direttiva del Consiglio del 17 maggio 1977, n. 77/388/Cee.

La prima disposizione assoggetta all'IVA le *cessioni di beni* e le *prestazioni di servizi*, effettuate a titolo oneroso all'interno del Paese da un soggetto passivo che agisce in quanto tale. In virtù della seconda disposizione, la *base imponibile* è costituita, per le forniture di beni e le prestazioni di servizi, da tutto ciò che costituisce il corrispettivo versato o da versare al fornitore o al prestatore per tali operazioni da parte dell'acquirente, del destinatario o di un terzo, *comprese le sovvenzioni direttamente connesse con il prezzo di tali operazioni*.

3. La tesi della Commissione e la posizione degli Stati membri

La Commissione, dopo aver rilevato che sono soggette all'IVA le operazioni svolte dalle imprese di trasformazione secondo due delle tre possibili

³ Artt. 1, 3 e 4 del regolamento (Ce) n. 603/95, in *Guce* n. L 63 del 21 marzo 1995, p. 1.

modalità di svolgimento delle loro attività⁴, ha sostenuto che in queste due ipotesi l'aiuto avrebbe un'incidenza diretta sull'importo del corrispettivo ottenuto dal fornitore del bene o dal prestatore del servizio.

Secondo l'analisi della Commissione, l'aiuto in questione farebbe parte del prezzo ottenuto dall'impresa di trasformazione. In altri termini, senza l'aiuto, il prezzo ottenuto sarebbe troppo basso per rendere proficua l'attività dell'impresa di trasformazione e si tratterebbe, quindi, di una «sovvenzione direttamente connessa con il prezzo». L'aiuto avrebbe dovuto, pertanto, essere incluso nella base imponibile dell'IVA.

In virtù dell'analisi ora citata, la Commissione aveva iniziato il procedimento previsto dell'art. 226 CE nei confronti dell'Austria, del Belgio, del Regno Unito, della Spagna, del Portogallo, della Finlandia, della Svezia, della Germania e dell'Italia. Tuttavia, il procedimento era giunto alla fase contenziosa soltanto nei confronti degli ultimi tre Stati membri, poiché tutti gli altri si erano conformati al parere della Commissione nella fase precontenziosa.

È interessante ricordare che all'origine della controversia si trova un reclamo trasmesso alla Commissione il 3 giugno 1996 dal *Vereniging van Nederlandse Groenvoederdrogerijen*. Questa federazione intendeva protestare contro una decisione dell'Alta Corte (*Hoge Raad*) dei Paesi Bassi che il 15 novembre 1995 aveva ritenuto che l'aiuto concesso per i foraggi essiccati doveva essere considerato come una «sovvenzione direttamente connessa con il prezzo» ai sensi dell'art. 11 della sesta direttiva relativa all'IVA e, quindi, doveva essere compreso nella base imponibile.

Paradossalmente, questo reclamo ha indotto la Commissione ad esaminare la situazione esistente nei singoli Stati membri e ad esigere l'inclusione dell'aiuto nella base imponibile dell'IVA.

La posizione assunta dagli Stati membri si può riassumere nel modo seguente:

- il Belgio, la Danimarca, la Grecia, i Paesi Bassi e l'Austria hanno incluso senza difficoltà l'aiuto nella base imponibile;
- la Francia ha integrato l'aiuto nella base imponibile ma, per non ridurre l'importo dell'aiuto, le somme versate alle imprese sono state "aumentate" di un importo uguale all'IVA che esse hanno pagato sulla frazione della base imponibile corrispondente all'aiuto;
- l'Irlanda e il Regno Unito, pur includendo l'aiuto nella base imponibile, hanno applicato all'aiuto il «tasso zero»;
- la Spagna ha sostenuto in un primo tempo che in assenza di criteri comuni applicabili alle sovvenzioni comunitarie non era possibile assoggettarle

⁴ Vale a dire, da un lato, l'acquisto dei foraggi freschi dai produttori e la successiva rivendita del prodotto trasformato a terzi e, dall'altro, la conclusione con i produttori di contratti di lavorazione dei foraggi freschi senza trasferimento della proprietà e la conseguente restituzione dei prodotti trasformati agli stessi produttori.

all'IVA e che, nel caso di specie, non era facile determinare se l'aiuto per i foraggi essiccati costituisse una sovvenzione all'acquisto (non tassabile) o una sovvenzione connessa con il prezzo (tassabile); tuttavia, in un secondo tempo, anche la Spagna si è conformata al parere della Commissione;

- infine, la Germania, la Finlandia, l'Italia, il Portogallo e la Svezia hanno espresso un'opinione contraria a quella della Commissione, sostenendo che l'aiuto per i foraggi essiccati «non fa parte della base imponibile» ai sensi dell'art. 11, parte A, n. 1, lett. *a.* della sesta direttiva citata⁵.

A conclusione di questa breve rassegna si deve constatare che la situazione esistente finora non era soddisfacente né dal punto di vista della certezza del diritto né da quello della parità di trattamento dei beneficiari dell'aiuto comunitario.

4. Infondatezza della tesi della Commissione

Prima ancora dell'inizio della fase contenziosa dei procedimenti avviati dalla Commissione contro l'Italia e gli altri Stati membri che non avevano condiviso il suo parere, avevo cercato di dimostrare⁶ l'infondatezza della posizione assunta dalla Commissione riferendomi ai motivi seguenti.

In primo luogo, il parere della Commissione non teneva conto dello *scopo della normativa* in questione. La normativa comunitaria in materia di aiuti per i foraggi essiccati non è destinata a compensare parzialmente i costi sopportati dalle imprese di trasformazione ma, da un lato, a favorire l'approvvigionamento regolare delle imprese di trasformazione e, dall'altro lato, a permettere ai produttori di beneficiare dell'aiuto⁷. Si tratta in realtà di rendere attraente la coltivazione dell'erba medica e dei foraggi simili, garantendo ai produttori un reddito comparabile a quello offerto da altre colture concorrenti.

In secondo luogo, il *fatto generatore dell'aiuto* è costituito dall'*uscita del prodotto finito* dal «perimetro dell'impresa di trasformazione» o da un «luogo di deposito all'esterno di esso» riconosciuto dall'autorità competente⁸. La «vendita» del prodotto finito non costituisce un'esigenza regolamentare e ancor meno una condizione di ammissione al beneficio dell'aiuto.

⁵ La questione non si è posta per il Lussemburgo, poiché nessuna impresa di trasformazione ai sensi del regolamento (Ce) n. 603/95 è stabilita in questo Stato membro.

⁶ In un intervento del 12 giugno 2001 al Congresso CIDE (Commission Intersyndicale des Déshydrateurs Européens) tenuto a Monastier di Treviso dal 10 al 12 giugno 2001.

⁷ Cf. l'undicesimo *considerando* del regolamento (Ce) n. 603/95.

⁸ Art. 8, primo comma, del regolamento (Ce) n. 603/95 e art. 3, punto 1, lett. *a.* del regolamento (Ce) n. 785/95.

A questi argomenti aggiungevo inoltre quelli invocati dall'Avvocato Generale Jacobs nelle sue conclusioni nella causa n. C-384/95⁹, che posso riassumere come segue :

a. sottoporre gli aiuti comunitari all'IVA significherebbe sviare una parte delle risorse del bilancio comunitario verso quello degli Stati membri;

b. l'imposizione ridurrebbe gli effetti economici dell'aiuto, a meno di compensare l'importo della tassa con un aumento equivalente dell'aiuto.

Infine, mi riferivo anche al contenuto della *risoluzione 54/E* del 24 aprile 2001 dell'Agenzia delle Entrate, che aveva chiarito i termini di assoggettabilità (o meno) all'IVA degli aiuti comunitari. Secondo questa risoluzione, che cita oltre alla sentenza nella causa n. C-384/95¹⁰, anche quella nella causa n. C-215/94¹¹, le sovvenzioni comunitarie fanno parte della base imponibile dell'IVA soltanto se esse rappresentano il corrispettivo di un obbligo corrispondente, cioè soltanto se esse sono erogate a fronte di un'obbligazione di fare, non fare o dare e, quindi, se la loro corresponsione si regge su di un «rapporto obbligatorio a prestazioni corrispettive» (c.d. rapporto «sinallagmatico»).

Nella fattispecie che qui interessa, cioè l'aiuto per i foraggi essiccati, la sovvenzione è erogata indipendentemente dall'esistenza o meno di un tale rapporto sinallagmatico. Il fatto generatore dell'aiuto è esclusivamente l'uscita del prodotto finito dal perimetro dell'impresa di trasformazione o da un luogo di deposito riconosciuto dall'autorità competente. L'aiuto non può, quindi, essere compreso nella base imponibile dell'IVA, vale a dire nel «corrispettivo» ottenuto (o che sarà ottenuto) dal fornitore del bene o dal prestatore del servizio.

5. Conclusione

È confortante constatare che sia gli argomenti invocati dagli Stati membri che quelli addotti dalla Corte a sostegno della sua sentenza corrispondono in gran parte all'argomentazione che avevo sviluppato nel giugno 2001.

Mi limiterò a ricordare che la Corte, confermando la sua giurisprudenza anteriore¹², ha precisato che la nozione di «sovvenzione direttamente connessa con il prezzo» ai sensi dell'art. 11, parte A, n. 1, lett. a. della sesta direttiva, «include unicamente le sovvenzioni che costituiscono il corrispettivo totale o

⁹ Sentenza del 18 dicembre 1997 in causa n. 384/95, *Landboden-Agrardienste*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 7389 ss.

¹⁰ *Landboden-Agrardienste*, *loc. cit.*, p. 7399 ss.

¹¹ Sentenza del 29 febbraio 1996 in causa n. C-215/94, *Mohr*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 959 ss.

¹² Sentenza del 22 novembre 2001 in causa n. C-184/00, *Office des produits wallons*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9115 ss.

parziale di un'operazione di cessione di beni o di prestazione di servizi e che sono versate da un terzo al venditore o al prestatore».

Su questa base, la Corte ha rilevato che «nel caso di specie, le condizioni per un assoggettamento degli aiuti controversi all'IVA non sono soddisfatte rispetto a nessuna delle due categorie di operazioni indicate dalla Commissione»¹³.

Infatti, nel caso della *vendita previa essiccazione di foraggi acquistati presso i produttori*, l'aiuto «non è versato specificatamente affinché l'impresa di trasformazione fornisca foraggio essiccato ad un acquirente». È pacifico che «l'obiettivo del regime di aiuti è, da un lato, un incentivo alla produzione all'interno della Comunità nonostante i costi di produzione più elevati di quelli del mercato mondiale, al fine di garantire una fonte interna di approvvigionamento e, dall'altro, la produzione di foraggi essiccati di qualità».

Inoltre, nel caso del *contratto di lavorazione*, esso ha certamente come oggetto una prestazione di servizio, ma l'art. 11, parte A, n. 1, lett. a. della sesta direttiva «presuppone che la sovvenzione, per essere imponibile, sia versata a beneficio del fornitore del bene o del prestatore del servizio, di modo che quest'ultimo possa disporne». Viceversa, nel caso di specie, «l'aiuto ottenuto dall'impresa di trasformazione non è versato a beneficio della stessa», ma deve essere «trasferito al produttore»¹⁴. Se l'aiuto, versato in definitiva al produttore di foraggi freschi, fosse integrato nella base imponibile, si avrebbe come conseguenza «una sovratassazione dell'operazione di essiccazione, contraria all'obiettivo dell'art. 11, parte A, n. 1, lett. a. della sesta direttiva».

Il rigetto della tesi della Commissione dovrebbe avere logicamente le conseguenze seguenti:

- a. il mantenimento dello *status quo* negli Stati membri che hanno rifiutato di applicare l'IVA all'aiuto in questione;
- b. l'abrogazione delle disposizioni nazionali che hanno incluso l'aiuto nella base imponibile per la percezione dell'IVA;
- c. la possibilità di ottenere il rimborso degli importi percepiti dal fisco in seguito a questa inclusione.

Le sentenze della Corte nelle cause n. C-381/01, n. C-144/02 e n. C-463/02 completano opportunamente la sua giurisprudenza in materia di assoggettabilità all'IVA degli aiuti comunitari¹⁵ e mettono fine ad una situazione confusa, fonte di discriminazione tra i beneficiari dell'aiuto per i foraggi essiccati.

Sergio Ventura

¹³ Cfr. *supra*, nota 4.

¹⁴ Cfr. il quindicesimo *considerando* e l'art. 11, n. 2, del regolamento (Ce) n. 603/95.

¹⁵ Cfr. segnatamente le sentenze nelle cause n. C-215/94 e n. C-384/95, *cit. supra*, rispettivamente note 11 e 12.

ANCORA SULL'EFFICACIA ORIZZONTALE DELLE DIRETTIVE

Corte di giustizia (Sezioni Unite)

Sentenza del 5 ottobre 2004 in cause riunite da n. C-397/01 a n. C-403/01*

Bernhard Pfeiffer e altri c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 6, pt. 2 della direttiva n. 93/104/Ce - Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori - Servizio medico d'urgenza - Operatori del soccorso - Superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale - Incompatibilità con il diritto comunitario - Effetto diretto della direttiva *de qua*.

(Omissis) *L'art. 6, punto 2, della direttiva n. 93/104 deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, esso osta alla normativa di uno Stato membro che, in relazione ai periodi di permanenza obbligatoria («Arbeitsbereitschaft») garantiti da operatori del soccorso nell'ambito di un servizio di soccorso medico di urgenza di un organismo quale il Deutsches Rotes Kreuz, ha l'effetto di consentire, eventualmente per mezzo di un contratto collettivo o di un accordo aziendale fondato su tale contratto, un superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore fissato dalla detta disposizione;*

- tale disposizione soddisfa tutte le condizioni necessarie per produrre un effetto diretto;

- il giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito. Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, punto 2, della direttiva n. 93/104.

* In argomento, v. *infra*, p. 755 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

(*Omissis*) **In diritto**

107. Restano da determinare le conseguenze giuridiche che un giudice nazionale deve trarre da tale interpretazione in circostanze come quelle di cui alle cause principali, in cui la controversia ha luogo tra privati.

108. A questo proposito, la Corte ha dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, p. 723, punto 48; 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, I, p. 3325, punto 20, e 7 gennaio 2004 in causa n. C-201/02, *Wells*, in *Raccolta*, I, punto 56).

109. Ne consegue che anche una disposizione chiara, precisa ed incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o imporre obblighi ai privati non può essere applicata come tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati.

110. Tuttavia, conformemente ad una giurisprudenza parimenti costante fin dalla sentenza 10 aprile 1984 in causa n. 14/83, *Von Colson e Kamann* (*Raccolta*, p. 1891, punto 26), l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato come pure il dovere loro imposto dall'art. 10 CE di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, I, p. 4135, punto 8; *Faccini Dori*, *cit.*, punto 26; 18 dicembre 1997 in causa n. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, *Raccolta*, I, p. 7411, punto 40, e 25 febbraio 1999 in causa n. C-131/97, *Carbonari e a.*, in *Raccolta*, I, p. 1103, punto 48).

111. Infatti, spetta in particolare ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto comunitario e garantirne la piena efficacia.

112. Ciò vale a maggior ragione quando la controversia sottoposta al giudice nazionale verte sull'applicazione di norme interne che, come nel caso di specie, sono state introdotte proprio al fine di recepire una direttiva volta a conferire diritti ai singoli. Questo giudice, visto l'art. 249, terzo comma, CE, deve presumere che lo Stato, essendosi avvalso del margine di discrezionalità di cui gode in virtù di tale norma, abbia avuto l'intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata (v. sentenza 16 dicembre 1993 in causa n. C-334/92, *Wagner Miret*, in *Raccolta*, I, p. 6911, punto 20).

113. Così, nell'applicare il diritto interno, in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, CE (v. in questo senso, segnatamente, citate sentenze *Von Colson et Kamann*, punto 26; *Marleasing*, punto 8, e *Faccini Dori*, punto 26; v. altresì sentenze 23 febbraio 1999 in causa n. C-63/97, *BMW*, in *Raccolta*, I, p. 905, punto 22; 27 giugno 2000 in cause riunite da n. C-240/98 a n. C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Raccolta*, I, p. 4941, punto 30, e 23 ottobre 2003 in causa n. C-408/01, *Adidas-Salomon e Adidas*

Benelux, in *Raccolta*, I, punto 21).

114. L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v., in questo senso, sentenze 15 maggio 2003 in causa n. C-160/01, *Mau*, in *Raccolta*, I, p. 4791, punto 34).

115. Se è vero che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva (v., questo senso, sentenza *Carbonari e a., cit.*, punti 49 e 50).

116. A questo proposito, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva.

117. Nel caso di specie, quindi, spetta al giudice del rinvio, cui siano sottoposte controversie come quelle di cui alle cause principali, rientranti nella sfera di applicazione della direttiva n. 93/104 e scaturite da fatti successivi alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva medesima, nell'applicare le norme del diritto nazionale volte proprio a recepire tale direttiva, interpretarle quanto più possibile in modo tale che possano essere applicate in conformità di quella (v., in questo senso, sentenza 13 luglio 2000 in causa n. C-456/98, *Centrosteeel*, *Raccolta*, I, p. 6007, punti 16 e 17).

118. In questo caso, il principio dell'interpretazione conforme esige quindi che il giudice del rinvio faccia tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale, per garantire la piena efficacia della direttiva n. 93/104, al fine di evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato all'art. 6, punto 2, della stessa (v., in questo senso, sentenza *Marleasing, cit.*, punti 7 e 13).

119. Conseguentemente, si deve concludere che un giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti da una direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito. Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, punto 2, della direttiva n. 93/104.

(Omissis)

L'EFFICACIA DELLE DIRETTIVE: DUE MODESTE PROPOSTE PER RISOLVERE UN PROBLEMA ANTICO

Con il dispositivo n. 3, sopra riportato, della sentenza qui brevemente commentata, la Corte di giustizia cerca nuovamente di rimarginare l'antica ferita inferta all'ordinamento comunitario con la sua giurisprudenza.

La sentenza riguarda il noto problema della portata delle direttive che, secondo la giurisprudenza della Corte, quando entrano in conflitto con la normativa nazionale possono dispiegare unicamente un'efficacia diretta in senso verticale.

Come sappiamo, se la disposizione nazionale è in conflitto con una direttiva comunitaria non trasposta (o scorrettamente trasposta) nell'ordinamento interno di uno Stato membro (il cui termine di attuazione sia già scaduto), il giudice di tale Stato membro non potrà "*sic et simpliciter*" disapplicare la disposizione nazionale contrastante con la direttiva senza effettuare ulteriori verifiche.

Innanzitutto, il giudice dovrà accertare se la norma contenuta nella direttiva sia completa di contenuto dispositivo e, in secondo luogo, se la stessa norma sia stata invocata in una controversia tra due soggetti privati oppure in una controversia tra un soggetto privato e lo Stato (o un organismo pubblico). Sulla base infatti della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla diretta efficacia in senso verticale delle direttive, il giudice nazionale potrà disapplicare la disposizione nazionale soltanto qualora la direttiva venga invocata contro lo Stato oppure contro un organismo pubblico, mentre non potrà procedere a tale disapplicazione in caso di controversia tra due soggetti privati¹.

I curiosi effetti di questa giurisprudenza, come è risaputo, possono farsi particolarmente sentire nella materia del lavoro, dato che, in questa materia, le

¹ Cfr. F. CAPELLI, *L'efficacia orizzontale delle direttive secondo una giurisprudenza incompiuta*, in questa *Rivista*, 1994, p. 51.

controversie possono nascere sia tra un lavoratore e un datore di lavoro privato, sia tra un lavoratore e un datore di lavoro pubblico².

Il caso risolto con la sentenza qui commentata concerne una controversia di lavoro tra privati: tra lavoratori, da un lato, e la Croce Rossa tedesca, essa pure organismo privato, dall'altro lato.

La controversia riguarda in particolare la legittimità della normativa nazionale tedesca che consente a particolari organismi, come la Croce Rossa, di imporre ai propri dipendenti il superamento della durata massima dell'orario di lavoro stabilito in 48 ore settimanali dalla direttiva n. 93/104³, che è stata adottata per tutelare la salute dei lavoratori ed ha portata generale in tutta l'Unione europea.

Considerata la chiarezza della direttiva comunitaria e la completezza del contenuto dispositivo delle norme da applicare, la Corte di giustizia ha riconosciuto in sentenza che il giudice nazionale può senz'altro procedere alla disapplicazione della normativa nazionale qualora la stessa dovesse imporre il superamento del limite delle 48 ore stabilito dalla citata direttiva n. 93/104⁴.

Ovviamente, un'affermazione siffatta non avrebbe sollevato alcun problema se il datore di lavoro nella controversia sottoposta al giudizio della Corte fosse stato un organismo statale o un ente pubblico perché, in tal caso, troverebbe applicazione il principio dell'efficacia diretta verticale delle direttive.

Ma la causa portata davanti alla Corte di giustizia riguardava, come sappiamo, una controversia tra privati, vale a dire tra lavoratori e la Croce Rossa tedesca in quanto ente privato.

La Corte di giustizia è stata così costretta a riprendere le argomentazioni sviluppate per la prima volta nella sentenza *Marleasing*, emessa nel 1990, che aveva suscitato perplessità e varie critiche⁵.

In sostanza, il giudice nazionale, secondo il dispositivo n. 3 della sentenza sopra riportato, dovrebbe fare tutto il possibile per giungere ad una interpretazione della propria normativa interna in modo da poterla applicare in conformità alla direttiva.

² Cfr. articolo indicato in nota 1; v. inoltre F. CAPELLI, *La direttiva sulla parità dei sessi e le lavoratrici notturne*, in questa *Rivista*, 1996, p. 355. Per problemi analoghi cfr. F. CAPELLI, *Gli "accordi quadro" comunitari come strumenti per risolvere i conflitti in materia di lavoro*, che apparirà nel n. 1/2005 della *Rivista italiana di diritto del lavoro*.

³ In *Guce* n. L 307 del 13 dicembre 1993, p. 18 ss. La direttiva n. 93/104/Ce è stata prima modificata dalla direttiva n. 2000/34/Ce del 22 giugno 2000, in *Guce* n. L 195 del 1° agosto 2000, p. 41 e poi abrogata dalla direttiva n. 2003/88/Ce del 4 novembre 2003, in *Gu-Ue* n. L 299 del 18 novembre 2003, p. 9 ss.

⁴ Per completezza di informazione occorre segnalare che la stessa direttiva n. 93/104 (cfr. art. 6 e art. 18) consente alle parti di concordare un orario di lavoro di durata superiore alle 48 ore settimanali, ma soltanto a determinate condizioni e con l'adesione espressa ed individuale dei lavoratori interessati.

⁵ Sentenza del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4156. Cfr. il mio commento in *Le Società*, 1991, p. 440. Analoghe critiche vengono ribadite, proprio con riferimento alla sentenza qui commentata, da M. CASTELLANETA, in *Guida al diritto*, n. 40, 2004, p. 115.

L'obiezione da muovere ad una pretesa del genere potrebbe essere così precisata: se la normativa interna non fosse interpretabile in modo conforme alla direttiva perché formulata con intendimenti diametralmente opposti, come dovrebbe comportarsi il giudice nazionale?

A questo punto potrebbe rivelarsi utile, nella ricerca di una soluzione adeguata, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la prima delle due modeste proposte cui vien fatto riferimento nel titolo del presente commento.

La prima proposta, in estrema sintesi, suggerisce al giudice interno di far ricorso alla Corte costituzionale per ottenere la dichiarazione di incostituzionalità della normativa italiana, contrastante con una direttiva, per violazione del principio fondamentale di parità di trattamento.

A ben vedere, nei casi qui ipotizzati, analoghi a quello esaminato nella causa risolta con la sentenza qui commentata, ci troviamo di fronte ad un trattamento ai danni dei lavoratori di aziende private che risultano discriminati perché non possono far valere, come invece è consentito ai dipendenti dello Stato o ai lavoratori di aziende pubbliche, le disposizioni della direttiva Ce n. 93/104 che limita a 48 ore settimanali la durata dell'orario di lavoro.

Orbene, poiché la predetta discriminazione trova origine unicamente nella normativa comunitaria così come interpretata dalla Corte di giustizia, ne consegue che un rimedio adeguato potrebbe essere trovato facendo valere l'indirizzo giurisprudenziale che la Corte costituzionale italiana ha seguito per superare gli ostacoli determinati dalla c.d. "discriminazione alla rovescia".

Mi riferisco in particolare alla sentenza pronunciata dalla Corte costituzionale nella causa n. 443/97⁶.

Come si ricorderà, con questa sentenza, la nostra Corte costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità di una norma italiana sulle paste alimentari, per contrasto con l'art. 3 della Costituzione, in quanto vietava ai produttori italiani di utilizzare specifici ingredienti, nella fabbricazione dei loro prodotti, che erano invece consentiti in base alla normativa comunitaria. Ne risultava una forma di "discriminazione alla rovescia", ai danni dei produttori italiani ed a vantaggio dei produttori europei concorrenti, che non poteva essere impedita in base al diritto comunitario⁷.

Orbene, anche con riferimento all'efficacia verticale delle direttive, nelle ipotesi di cui ci stiamo ora occupando, si verifica, come già ricordato, una discriminazione ai danni dei lavoratori dipendenti di imprese private, i quali non possono beneficiare dei vantaggi che le direttive medesime finiscono invece per accordare ai dipendenti pubblici. E questa discriminazione è soltanto

⁶ V. il testo in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 246 con nota di S. NINATTI, *La sola alternativa praticabile»: eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte Costituzionale*, p. 215.

⁷ Cfr. sul punto, F. CAPELLI, *È legittima la "discriminazione alla rovescia" imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in questa *Rivista*, 1994, p. 421.

dovuta alla giurisprudenza della Corte di giustizia esaminata nel testo.

Se, pertanto, la Corte costituzionale italiana dovesse ritenere inaccettabile il trattamento discriminatorio ai danni dei lavoratori dipendenti di imprese private, potrebbe, sulla base dell'art. 3 della Costituzione, dichiarare la incostituzionalità delle norme legislative italiane, a causa degli effetti discriminatori da esse provocate. Questa soluzione sarebbe, a nostro avviso, giuridicamente più corretta di quella suggerita dalla Corte di giustizia nella sentenza qui commentata, in quanto appare problematico per il giudice interno interpretare la propria normativa nazionale in modo conforme ad una direttiva comunitaria, se tale normativa non si presta ad alcuna interpretazione conforme, in quanto orientata in direzione opposta.

Chiaramente, nell'ipotesi di cui alla sentenza in commento, non ci troviamo di fronte ad un caso di "discriminazione alla rovescia", perché non vengono discriminati soggetti nazionali a vantaggio di soggetti comunitari concorrenti. Ma questa differenza non appare rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 3 della Costituzione italiana, che vieta ogni trattamento discriminatorio che non sia oggettivamente giustificato.

Orbene, nella sentenza che ha deciso la causa di cui al presente commento, la Corte di giustizia ha riconosciuto che la fissazione della durata dell'orario di lavoro settimanale a 48 ore è stata stabilita per consentire il raggiungimento di obiettivi fondamentali di politica sociale tra i quali quello della promozione della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

Se tali sono quindi gli obiettivi perseguiti dalla direttiva, appare evidente che non potrebbe essere consentito, alla luce del principio della parità di trattamento stabilito dall'art. 3 della Costituzione, che i cittadini lavoratori di aziende private, che costituiscono per di più la stragrande maggioranza dei lavoratori dipendenti, risultino discriminati rispetto ai dipendenti dello Stato o rispetto ai lavoratori di aziende pubbliche unicamente a causa degli effetti determinati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sopra ricordata.

Le considerazioni da ultimo svolte consentono ora di formulare anche la seconda delle due proposte cui agli inizi è stato fatto cenno.

Tale seconda proposta potrebbe però essere presa in esame soltanto dopo l'entrata in vigore del Trattato costituzionale firmato a Roma il 29 ottobre 2004.

Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro di cui alla direttiva n. 93/104, interpretato dalla Corte nella sentenza qui commentata, è ora diventato infatti un diritto fondamentale espressamente accolto nel par. 2 dell'art. 91 della parte seconda del Trattato costituzionale: «Ogni lavoratore ha diritto ad una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite».

La disposizione dell'art. 91, par. 2, non appena in vigore, potrà essere considerata una "norma cornice" in grado di dispiegare i suoi effetti nei confronti di tutti i soggetti, pubblici e privati, alle condizioni ed entro i limiti che

verranno stabiliti nelle relative disposizioni europee di attuazione, e, quindi, nelle nuove leggi quadro europee (in quanto il termine direttiva non verrà più utilizzato).

Di conseguenza, la "legge quadro europea" che stabilirà in concreto la durata e le condizioni dell'orario di lavoro, combinandosi con la norma del Trattato costituzionale sopra citata (art. 91, par. 2), potrà dispiegare effetti diretti in senso orizzontale, vale a dire nei confronti di tutti i lavoratori, tanto di quelli dipendenti da organismi pubblici quanto di quelli dipendenti da organismi privati⁸.

Fausto Capelli

⁸ È la conclusione cui mi è stato possibile pervenire al termine di uno studio sulle direttive, cfr. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 453 ss.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

L'ITALIA È INADEMPIENTE PER AVER MANTENUTO IN VIGORE UNA NORMATIVA CHE RICONOSCE VALIDITÀ AI SOLI CERTIFICATI DI CONFORMITÀ RILASCIATI DA ORGANISMI NAZIONALI RICONOSCIUTI

Corte di giustizia

Sentenza del 16 ottobre 2003 in causa n. C-455/01

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Direttiva n. 96/98/Ce - Equipaggiamento marittimo - Libera circolazione delle merci - Misure di effetto equivalente - Obbligo di possedere un certificato di conformità rilasciato da un organismo nazionale riconosciuto - Mancato riconoscimento di prove effettuate da organismi riconosciuti negli altri Stati membri.

La Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 28 del Trattato CE mantenendo in vigore una legislazione che subordina la commercializzazione di prodotti non ancora totalmente armonizzati, destinati all'impiego su navi mercantili battenti bandiera italiana, al rilascio di un certificato di conformità da parte di un istituto nazionale – limitando eventualmente al solo titolare il diritto di commercializzare i suddetti prodotti – e non riconoscendo la validità delle prove effettuate conformemente alle norme internazionali da organismi accreditati negli altri Stati membri, anche quando i dati sono posti a disposizione dell'autorità competente e dai certificati emerge che i materiali garantiscono un livello di sicurezza equivalente a quello che devono soddisfare i prodotti italiani¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ In seguito alla denuncia presentata da un produttore danese di equipaggiamento marittimo, la Commissione inviava all'Italia una lettera di diffida nella quale veniva messo in rilievo come il divieto di riconoscimento – previsto dalla normativa italiana – sia dei certificati di conformità di equipaggiamento marittimo, rilasciati negli altri Stati membri o negli Stati firmatari dell'Accordo sullo Spazio economico europeo del 2 maggio 1992 (in *Guce* n. L 1 del 1994, p. 3), sia delle prove di conformità di tale equipaggiamento effettuate negli altri Stati membri, fosse in contrasto con la normativa comunitaria relativa alla libera circolazione delle merci e con l'art. 11 dell'Accordo sopra citato.

Esaurito il procedimento precontenzioso, nessuna modifica veniva introdotta dall'Italia: la Commissione ha così proposto un ricorso ex art. 226 CE. Nella fase precontenziosa, l'Italia aveva segnalato, come prova della sua disponibilità ad adeguarsi alla normativa comunitaria, la proposta di modifica del dpr del 18 aprile 1994, n. 347 (in *Guri* n. 132 dell'8 giugno 1994, *suppl. ord.*) nonché il testo dell'ordine di servizio del Comando del Corpo delle capitanerie di porto del 4 agosto 2000, n. 57, il quale disponeva che gli organismi preposti dovevano tener conto dei controlli e dei *test* già effettuati negli altri Stati membri dell'UE.

Dalla normativa italiana controversa si ricava che ogni equipaggiamento marittimo destinato ad essere impiegato su navi mercantili battenti bandiera italiana, proveniente da uno Stato membro diverso dall'Italia e presente nell'allegato A.2 della direttiva del Consiglio del 20 dicembre 1996, n. 96/98/CE, sull'equipaggiamento marittimo (in *Guce* n. L 46 del 1997, p. 25), modificata da ultimo dalla direttiva n. 98/85/CE (in *Guce* n. L 315 del 1998, p. 14), per essere immesso in commercio in Italia, deve essere accompagnato da una dichiarazione di approvazione rilasciata da un organismo dipendente dalle autorità italiane (Registro italiano navale), nonché da prove e analisi da effettuarsi solamente dai servizi di quest'ultimo organismo (artt. 2, n. 1, e 3, del dpr n. 347/94).

A giudizio della Corte, tale normativa può dare vita ad una misura di effetto equivalente, vietata dall'art. 28 CE, e come tale può essere atta a ostacolare gli scambi commerciali intracomunitari: le disposizioni sopra citate, infatti, non consentono di prendere in considerazione le analisi e le prove già effettuate in occasione di un procedimento di approvazione in un altro Stato membro.

La restrizione al commercio intracomunitario che viene così a determinarsi non è proporzionata e non può, pertanto, essere giustificata nel diritto comunitario (cfr. sentenza del 17 settembre 1998 in causa n. C-400/96, *Harpegnies*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5121 e annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 642).

Infine, la Corte, dopo aver rilevato che l'ordine di servizio, sopra citato, essendo sprovvisto di un valore giuridico comparabile al dpr n. 347/94, non può eliminare l'incompatibilità tra le disposizioni nazionali e l'art. 28 CE (cfr. sentenza del 4 dicembre 1997 in causa n. C-207/96, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6869 e annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 199), conclude dichiarando l'inadempimento dell'Italia.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA QUALI REQUISITI OCCORRANO PERCHÈ UN SEGNO SONORO POSSA ESSERE REGISTRATO COME MARCHIO

Corte di giustizia

Sentenza del 27 novembre 2003 in causa n. C-283/01

Shield Mark BV c. Joost Kist h.o.d.n. Memex

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Marchi - Ravvicinamento delle legislazioni - Direttiva n. 89/104/CEE - Art. 2 - Segni suscettibili di costituire un marchio - Segni suscettibili di rappresentazione grafica - Segni sonori - Sequenza di note musicali - Descrizione scritta - Onomatopea.

L'art. 2 della prima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/104/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, deve essere interpretato nel senso che i segni sonori devono poter essere considerati come marchi quando siano idonei a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese e siano suscettibili di riproduzione grafica¹.

L'art. 2 della direttiva n. 89/104/Cee deve essere interpretato nel senso che può costituire un marchio un segno che di per sé non è percettibile visivamente, a condizione che possa essere rappresentato graficamente, in particolare mediante figure, linee o caratteri, che sia chiara, precisa, di per sé completa, facilmente accessibile, intelligibile, durevole ed oggettiva².

Riguardo a un segno sonoro, tali requisiti non sono soddisfatti quando il segno venga rappresentato graficamente mediante una descrizione che si avvale del linguaggio scritto, come l'indicazione che il segno è costituito dalle note che compongono un'opera musicale conosciuta o l'indicazione che esso consiste nel verso di un animale, o mediante una semplice onomatopea senza ulteriori precisazioni, ovvero mediante una sequenza di note musicali senza ulteriori precisazioni. Per contro, tali requisiti sono soddisfatti quando il segno venga rappresentato mediante un pentagramma diviso in battute in cui figurano, in particolare, una chiave, note musicali e pause la cui forma indichi il valore relativo e, eventualmente, alterazioni³.

¹⁻³ È interessante osservare come la Corte di giustizia si sia pronunciata sul problema concernente l'idoneità degli odori a costituire marchi (cfr. sentenza del 12 dicembre 2002 in causa n. C-273/00, *Sieckmann*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11737: «(...) può costituire un marchio d'impresa un segno che di per sé non è atto ad essere percepito visivamente, a condizione che esso possa formare oggetto di una rappresentazione grafica – in particolare mediante figure, linee o caratteri – che sia chiara, precisa, di per sé completa, facilmente accessibile, intelligibile, durevole ed oggettiva. 2. Qualora si tratti di un segno olfattivo, i requisiti di rappresentazione grafica non sono soddisfatti attraverso una formula chimica, mediante una descrizione formulata per iscritto, con il deposito di un campione di un odore o attraverso la combinazione di tali elementi»). Lo stesso dicasi sul problema dei colori in quanto tali, senza forma, né definizione (cfr. sentenza del 6 maggio 2003 in causa n. C-104/01, *Libertel Groep BV c. Benelex - Markenbureau*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3793: «Un semplice colore specifico, senza limitazioni spaziali, può possedere, per taluni prodotti e servizi, carattere distintivo ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. b., e n. 3, della direttiva sempreché, segnatamente, possa essere oggetto di rappresentazione grafica chiara, precisa, di per sé completa, facilmente accessibile, intelligibile, costante e oggettiva. Quest'ultimo requisito non può essere soddisfatto mediante la mera riproduzione su carta del colore di cui trattasi, bensì mediante la determinazione di tale colore per mezzo di un codice di identificazione internazionalmente riconosciuto»).

Nella presente causa, invece, si è trattato di decidere una questione simile con riferimento ai suoni. La controversia ha visto contrapposti, da un lato, la società Shield Mark BV, e dall'altra, il signor Kist, di professione consulente in materia di comunicazione, che esercita la propria attività sotto la denominazione Memex, per l'utilizzazione da parte di quest'ultimo, nell'ambito della propria attività, di segni sonori precedentemente registrati dalla Shield Mark presso l'Ufficio marchi del Benelux come marchi sonori. La Shield Mark, infatti, è titolare di quattordici marchi: undici hanno come motivo le prime battute per piano dello studio «per Elisa» (*Für Elise*) e tre il canto di un gallo. Il signor Kist, in occasione del lancio di una campagna pubblicitaria utilizzava i medesimi segni

sonori della Shield Mark (in particolare, utilizzava una melodia costituita dalle prime nove note di «Für Elise»), nonché le medesime strategie commerciali. Iniziava così un contenzioso tra le parti diretto a far cessare l'utilizzo in Benelux dei marchi di cui la società era titolare in relazione ai prodotti e ai servizi per i quali sono stati registrati.

La Suprema Corte dei Paesi Bassi, adita in ultima istanza (il Tribunale d'appello de L'Aja aveva accolto le domande fondate sul comportamento sleale del convenuto) si è posta il quesito se le sensazioni sonore integrino i requisiti che l'art. 2 della direttiva n. 89/104/Cee (in *Guce* n. L 40 del 1989, p. 1), richiede affinché un segno possa essere considerato marchio e, in caso affermativo, sotto quale forma debba essere effettuata la loro registrazione. Per tali motivi ha adito la Corte di giustizia.

Con riferimento ai segni suscettibili di costituire un marchio di impresa, l'art. 2 della citata direttiva, contiene un elenco esemplificativo (sul carattere esaustivo dell'elenco, cfr. il settimo *considerando* della direttiva: «la realizzazione degli obiettivi perseguiti presuppone che l'acquisizione e la conservazione del diritto sul marchio di impresa registrato siano in linea di massima subordinate, in tutti gli Stati membri, alle stesse condizioni») e che, «a tale scopo, occorre un elenco esemplificativo di segni suscettibili di costituire un marchio di impresa, i quali consentano di contraddistinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese») e in esso viene rilevato che possono costituire marchi di impresa tutti i segni atti ad essere riprodotti graficamente, in particolare le parole, compresi i nomi di persone, i disegni, le lettere, le cifre, la forma del prodotto o il suo confezionamento, alla condizione che tali segni siano idonei a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese.

Nonostante che la disposizione preveda solamente segni che possono essere percepiti visivamente, di tipo bidimensionale o tridimensionale, e che possono essere, pertanto, rappresentati attraverso lettere o caratteri scritti o un'immagine, trattandosi di un elenco meramente esemplificativo, pur non menzionando i segni che di per sé non possono essere percepiti visivamente, quali i suoni, la Corte ritiene che questi ultimi non vengano esclusi espressamente.

Dopo tale osservazione, la Corte precisa quali requisiti deve avere un suono per poter essere registrato come marchio. Secondo la Corte, può costituire un marchio anche un segno che di per sé non può essere percepito visivamente, a condizione che possa essere oggetto di una rappresentazione grafica, in particolare attraverso immagini, linee o caratteri, che sia chiara, precisa, di per sé completa, facilmente accessibile, intelligibile, durevole ed oggettiva (cfr. quanto statuito dalla Corte per i segni olfattivi nella sentenza *Sieckmann*, *cit.*).

Una riproduzione mediante note musicali ovvero facendo uso del linguaggio scritto in una semplice onomatopea, non costituisce riproduzione grafica di un segno sonoro ai sensi dell'art. 2 della direttiva n. 89/104/Cee, se non altro per la mancanza di precisione, di chiarezza e di precisione. Una modalità di riproduzione che rispetti i requisiti fissati dalla giurisprudenza della Corte deve essere costituita da un pentagramma diviso in battute caratterizzato da una chiave, da note musicali e pause e da altri simboli; solo così, a parere della Corte, può costituire una rappresentazione fedele della sequenza dei suoni che compongono la melodia di cui il soggetto può domandare la registrazione.

Un'altra sentenza della Corte in tema di registrazione di marchi non comuni, quali marchi olfattivi, di forma etc., è stata pronunciata in data 21 ottobre 2004 in causa n. C-64/02 P, *Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli)*, sostenuto da *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Erpo Möbelwerk GmbH*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

Nella relativa causa, l'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (di seguito: UAMI) ha chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee dell'11 dicembre 2001 in causa n. T-138/00, *Erpo Möbelwerk c. UAMI* («*das Prinzip der Bequemlichkeit*»), in *Raccolta*, 2001, II, p. 3739, con la quale quest'ultimo aveva annullato la decisione della terza Commissione di ricorso dell'UAMI del 23 marzo 2000. Con tale decisione era stato respinto il ricorso proposto dalla *Erpo Möbelwerk GmbH* contro la decisione dell'esaminatore dell'UAMI volta a negare la registrazione della locuzione «*das Prinzip der Bequemlichkeit*» (il principio della comodità) quale marchio comunitario per varie classi di prodotti, inclusi i mobili. La domanda veniva respinta perché lo *slogan* designava una caratteristica dei prodotti in questione ed era privo di qualsiasi carattere distintivo.

In sostanza, il ricorso presentato dall'UAMI era diretto ad ottenere dalla Corte di giustizia una pronuncia sulla corretta interpretazione dell'art. 7, n. 1, lett. *b.*, del regolamento Ce del Consiglio del 29 dicembre 1993, n. 40/94 sul marchio comunitario (in *Guce* n. L 11 del 1994, p. 1), ove si prevede che sono esclusi dalla registrazione i marchi privi di carattere distintivo. Le questioni erano due: occorreva determinare, da un lato, il criterio in base al quale accertare il carattere distintivo del marchio, ai sensi della lett. *b.* dell'art. 7, n. 1, del regolamento Ce n. 40/94 e, dall'altro, se il carattere distintivo di un'espressione denominativa come uno *slogan* giustifichi un trattamento specifico e differenziato in rapporto ad altre categorie di marchi.

La Corte, in sentenza, respingendo l'impugnazione proposta dall'UAMI, ha precisato il carattere distintivo di un marchio ai sensi dell'art. 7, n. 1, lett. *b.*, del regolamento Cee n. 40/94: tale marchio permette di identificare il prodotto per il quale è chiesta la registrazione come proveniente da un'impresa determinata e, dunque, consente di distinguere tale prodotto da quelli di altre imprese e, pertanto, è in grado di soddisfare la funzione essenziale del marchio (cfr., in tal senso, sentenza del Tribunale del 19 settembre 2001 in causa n. T-119/00, *Procter & Gamble c. UAMI*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 2761; sentenze della Corte del 4 ottobre 2001 in causa n. C-517/99, *Merz & Krell*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6959 e dell'8 aprile 2003 in cause riunite da n. C-53/01 a n. C-55/01, *Linde*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3161).

Secondo la giurisprudenza della Corte, il carattere distintivo deve essere valutato in funzione, da un lato, dei prodotti o dei servizi per i quali è chiesta la registrazione e, dall'altro, delle aspettative dei settori interessati, costituiti dai consumatori medi di tali prodotti o servizi, normalmente informati e ragionevolmente attenti ed avveduti. In passato, il Tribunale aveva escluso la registrazione di questa tipologia di marchi per la mancanza di capacità distintiva. Si richiama, in proposito, la sentenza del 31 marzo 2004 (in causa n. T-216/02, *Fieldturf c. UAMI*, non ancora pubblicata in *Raccolta*), in cui si trattava del marchio denominativo «looks like grass (...) feels like grass (...) plays like grass (...)» per le classi di prodotti di rivestimenti sintetici di superfici e la loro installazione.

LA DIRETTIVA N. 80/987/CEE VIETA LA SOTTRAZIONE DI SOMME CORRISPOSTE DAL DATORE DI LAVORO A TITOLO DI ANTICIPO DAI CREDITI VANTATI DAL LAVORATORE

Corte di giustizia

Sentenza del 4 marzo 2004 in cause riunite n. C-19/01, n. C-50/01 e n. C-84/01

Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c. Alberto Barsotti e a. (C-19/01), Milena Castellani c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro - Direttiva n. 80/987/Cee - Limitazione dell'obbligo di pagamento da parte degli organismi di garanzia - Massimale per la garanzia di pagamento - Acconti versati dal datore di lavoro - Fine sociale della direttiva - Pregiudizio per i lavoratori.

Gli artt. 3, n. 1, e 4 n. 3, 1° comma, della direttiva del Consiglio del 20 ottobre 1980, n. 80/987/Cee, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di

insolvenza del datore di lavoro, devono essere interpretati nel senso di non autorizzare uno Stato membro a limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia a una somma che copre i bisogni primari dei lavoratori interessati e da cui sarebbero sottratti i pagamenti versati dal datore di lavoro durante il periodo coperto dalla garanzia¹.

¹ Il Tribunale di Pisa, il Tribunale di Siena e la Corte suprema di cassazione hanno sospeso i rispettivi procedimenti nazionali proponendo, ai sensi dell'art. 234 CE, alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva n. 80/987/Cee (in *Guce* n. L 283 del 1980, p. 23).

Le controversie hanno coinvolto, da un lato, l'Istituto nazionale della previdenza sociale, l'INPS e, dall'altro, tre lavoratori italiani, in merito al pagamento di alcuni crediti vantati dai lavoratori subordinati risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro.

In sostanza, i lavoratori erano creditori di tutte o di parte delle retribuzioni ad essi dovuti per l'ultimo periodo del rapporto o contratto di lavoro svolto alle dipendenze dei datori di lavoro coinvolti in procedure di fallimento. Per tali motivi i ricorrenti si rivolgevano all'INPS al fine di ottenere il pagamento di tali somme invocando la direttiva n. 80/987/Cee, nonché la normativa nazionale di recepimento.

Gli artt. 1 e 2 del d.l. del 27 gennaio 1992, n. 80, sull'attuazione della direttiva n. 80/987/Cee in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (in *Guri* n. 36 del 13 febbraio 1992, p. 26, *suppl. ord.*), disciplinano la garanzia dei crediti di lavoro e l'intervento del Fondo di garanzia, gestito dall'INPS. In particolare, all'art. 1, n. 1, del d.l. citato, è previsto che: «nel caso in cui il datore di lavoro sia assoggettato alle procedure di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa ovvero alla procedura dell'amministrazione straordinaria (...), il lavoratore da esso dipendente o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del Fondo di garanzia (...), dei crediti di lavoro non corrisposti di cui all'art. 2».

Il pagamento effettuato dal Fondo di garanzia ai sensi dell'art. 1 concerne i crediti di lavoro, diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto, inerenti agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono. Il pagamento effettuato dal Fondo non può essere superiore ad una somma pari a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali (art. 2, nn. 1 e 2). Al comma 4 dell'art. 2 del d.l. è previsto che il pagamento effettuato dal Fondo «non è cumulabile fino a concorrenza degli importi: (...) con le retribuzioni corrisposte al lavoratore nell'arco dei tre mesi di cui al comma 1». Tale disposizione è stata interpretata dall'INPS – che ha così respinto le domande dei ricorrenti – nel senso che l'acconto sul credito degli ultimi tre mesi di retribuzione deve essere dedotto dal massimale della garanzia assicurata dal Fondo.

I lavoratori si sono, perciò, rivolti alle autorità giurisdizionali le quali hanno sospeso i procedimenti e hanno chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in proposito.

La Corte di giustizia è stata dunque chiamata a chiarire se l'art. 3, n. 1, e l'art. 4, n. 3, 1° comma della direttiva debbano essere interpretati nel senso di autorizzare uno Stato membro a limitare l'obbligo di pagamento da parte degli organismi di garanzia a una somma che comprenda i bisogni primari dei lavoratori interessati e da cui sarebbero sottratti i pagamenti versati dal datore di lavoro durante il periodo coperto dalla garanzia.

Tenuto conto che la finalità della direttiva è proprio quella di garantire ai lavoratori subordinati una tutela comunitaria minima in caso di insolvenza del datore di lavoro mediante il pagamento dei crediti non pagati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e vertenti sulla retribuzione relativa ad un periodo determinato (cfr. sentenze del 10 luglio 1997 in causa n. C-373/95, *Maso e a.*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4051; del 14 luglio 1998 in causa n. C-125/97, *Regeling*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4493; del 18 ottobre 2001 in causa n. C-441/99, *Gharehveran*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7687 e dell'11 settembre 2003 in causa n. C-201/01, *Walcher*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8827; sulla nozione di «rapporto di lavoro» di cui agli artt. 3 e 4 della direttiva n. 80/987, cfr. sentenza del 15 maggio 2003 in causa n. C-160/01, *Karen Mau c. Bundesanstalt für Arbeit*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4791, nella quale la Corte ha statuito che tale nozione deve essere interpretata nel senso che «da essa vanno esclusi periodi che, per loro stessa natura, non possono dare

luogo a diritti salariali non pagati. È quindi escluso un periodo durante il quale il rapporto di lavoro è sospeso a causa di un congedo parentale e che, per tale ragione, non fa sorgere il diritto ad alcuna retribuzione») gli Stati membri, anche se liberi di fissare un massimale per la garanzia dei diritti non pagati, sono tuttavia tenuti ad assicurare, nei limiti dei massimali di cui sopra, il pagamento della totalità dei crediti non pagati.

La Corte precisa, altresì, che dai crediti riguardanti il periodo di garanzia vanno dedotti gli anticipi percepiti dai lavoratori subordinati interessati, in modo da poter stabilire la misura residua dei crediti ancora dovuti.

Infine, e così conclude la Corte, la tutela minima garantita dalla direttiva sarebbe pregiudicata qualora le retribuzioni versate ai lavoratori, durante il periodo coperto dalla garanzia, venissero sottratte dal massimale fissato dallo Stato membro per la garanzia dei diritti non corrisposti.

LEGITTIMITÀ DI UNA DISCRIMINAZIONE (A ROVERSCIO) AI DANNI DEGLI INGEGNERI ITALIANI

Corte di giustizia

Ordinanza del 5 aprile 2004 in causa n. C-3/02

Alessandro Mosconi, Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia c. Soprintendenza per i beni Ambientali e Architettonici di Venezia - Ministero per i beni e le attività culturali, in presenza di Comune di San Martino Buon Albergo (Verona), Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, Ordine degli Architetti di Verona e Consiglio Nazionale degli ingegneri

Art. 234 CE - Rinvio pregiudiziale - Art. 104, n. 3 del Regolamento di procedura - Direttiva n. 85/384/Cee - Reciproco riconoscimento dei titoli del settore dell'architettura - Artt. 10 e 11, lett. g. - Normativa nazionale che riconosce l'equivalenza dei titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva agli architetti i lavori riguardanti immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico - Principio della parità di trattamento - Situazione puramente interna ad uno Stato membro.

Quando si tratti di una situazione puramente interna ad uno Stato membro, né la direttiva del Consiglio del 10 giugno 1985, n. 85/384/Cee, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera circolazione di servizi – in particolare i suoi artt. 10 e 11, lett. g. –, né il principio della parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale che riconosce, in linea di principio, l'equivalenza dei titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva ai soli architetti i lavori riguardanti in particolare gli immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico¹.

¹ Nella causa di cui all'ordinanza sopra massimata, sono state sottoposte alla Corte di giustizia dal Tar Veneto, tre questioni pregiudiziali ex art. 234 CE sull'interpretazione de-

gli artt. 10 e 11, lett. g., della direttiva del Consiglio del 10 giugno 1985, n. 85/384/Cee, (in *Guce* n. L 323 del 1985, p. 15), e del principio della parità di trattamento, con riferimento ad una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Mosconi, ingegnere civile, e l'Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia nonché, dall'altro, la Soprintendenza per i beni ambientali e architettonici di Venezia che aveva negato al signor Mosconi il diritto di operare, in qualità di direttore dei lavori, su alcuni immobili vincolati situati in un comune in provincia di Verona.

Ai sensi dell'art. 52, 2° comma, del r.d. n. 2537/25, relativo all'approvazione del regolamento per le professioni d'ingegnere e di architetto (in *Guri* n. 37 del 15 febbraio 1925) la direzione dei lavori su immobili appartenenti al patrimonio artistico è riservata solamente agli architetti. A parere dei ricorrente tale disposizione sarebbe in contrasto con la normativa comunitaria sopra citata che sancisce l'equivalenza tra i titoli di ingegneria civile e di architettura.

La direttiva n. 85/384/Cee è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.l. del Presidente della Repubblica del 27 gennaio 1992, n. 129 (in *Guri* n. 41 del 19 febbraio 1992, p. 18) e al decimo *considerando* riconosce che «nella maggior parte degli Stati membri le attività pertinenti all'architettura sono esercitate, di diritto o di fatto, da persone che hanno la denominazione di architetti, accompagnata o meno da altre denominazioni, senza però che tali persone detengano il monopolio nell'esercizio di tali attività, salvo disposizioni legislative contrarie; che le summenzionate attività, o talune di esse, possono altresì essere esercitate da altri professionisti e, in particolare, da ingegneri che abbiano ricevuto una formazione specifica nel settore delle costruzioni o dell'arte edilizia».

Il Tar Veneto, dovendo valutare una situazione discriminatoria alla luce delle norme comunitarie, dopo aver precisato che i lavori oggetto della causa principale rientravano nel campo di applicazione del r.d. n. 2537/25, ha sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi su tre questioni pregiudiziali.

In sostanza, la Corte è stata invitata a verificare se gli artt. 10 e 11, lett. g., della direttiva n. 85/384/Cee ostino all'applicazione di una normativa nazionale che riconosce, in linea di principio, l'equivalenza dei titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva ai soli architetti i lavori sugli immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico.

Nelle osservazioni presentate alla Corte viene messo in rilievo l'esistenza di una discriminazione alla rovescia (sulla discriminazione alla rovescia, cfr. commento di CAPELLI, *E legittima la "discriminazione alla rovescia" imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, 1994, p. 421, nonché la seguente giurisprudenza della Corte sui lettori di lingua straniera: sentenza del 2 agosto 1993 in cause riunite n. C-259/91, n. C-331/91 e n. C-332/91, *P. Alluè e C. M. Coonan c. Università di Venezia, S. H. Barta c. Università di Parma, B. Sellinger e R. Del Maestro, G. Manfield c. Università di Parma*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4309, in questa *Rivista*, 1993, p. 63 con nota di A. GRATANI, *La Corte di giustizia a favore dei lettori di lingua madre straniera*, p. 631 ss.) ai danni degli ingegneri italiani e a favore degli ingegneri civili di altri Stati membri. Inoltre, tale forma di discriminazione contrasterebbe con il principio di uguaglianza contenuto all'art. 3 della Costituzione italiana (cfr. sentenza Corte costituzionale in causa n. 443/97 con commento di S. NINATTI, *"La sola alternativa praticabile": eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 215 ss).

La Corte di giustizia, nella propria ordinanza, ha richiamato l'argomentazione sviluppata dal Consiglio nazionale degli ingegneri secondo la quale l'interpretazione data dalla Corte costituzionale all'art. 3 della Costituzione osterebbe ad una discriminazione alla rovescia come quella che risulterebbe, a favore solamente degli ingegneri civili di altri Stati membri, da un'interpretazione della direttiva n. 85/384/Cee secondo cui essa non si applica in situazioni puramente interne (cfr., sentenza del 5 dicembre 2000 in causa n. 448/98, *Guimont*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10663 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 70).

In seguito, la Corte di giustizia sottolinea l'analogia esistente con la causa *Gervais* sul reciproco riconoscimento nel settore della professione veterinaria (sentenza del 7 dicembre 1995 in causa n. C-17/94, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4353). Infatti, l'oggetto della controversia nella causa principale, qui annotata, è il medesimo della causa *Gervais* ed è quello di valutare la compatibilità con una direttiva sul reciproco riconoscimento dei titoli della normativa nazionale che nega a coloro che siano in possesso di un titolo

contemplato dalla direttiva e rilasciato in tale Stato membro l'accesso ad un'attività che i possessori di tali titoli considerano rientrante nella loro professione. Dalla pronuncia *Gervais* si evince che: «Gli artt. 52 e 59 del Trattato, la direttiva n. 78/1026, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di veterinario e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, e la direttiva n. 78/1027, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per le attività di veterinario, non si applicano a situazioni puramente interne ad uno Stato membro come quelle di cittadini di uno Stato membro che intendono esercitare sul territorio di questo Stato l'attività di inseminatore senza aver precedentemente acquisito la relativa formazione professionale o esercitato tale attività in un altro Stato membro».

Secondo l'interpretazione data dalla Corte, dagli artt. 10 e 11, lett. g., della direttiva n. 85/384/Cee si ricava che la «laurea in ingegneria» ottenuta in Italia deve essere riconosciuta negli Stati membri diversi dall'Italia ed essa deve dare accesso alle attività rientranti nella professione di architetto.

Da tale situazione può derivare una discriminazione alla rovescia, poiché gli ingegneri civili che hanno conseguito il titolo in Italia non hanno accesso, nel nostro Paese, all'attività ai sensi della normativa italiana, mentre tale accesso non può essere negato ai soggetti che hanno conseguito il diploma di ingegnere civile rilasciato in un altro Stato membro.

Ciononostante, la Corte osserva che, quando si è in presenza di una situazione puramente interna a uno Stato membro, il principio della parità di trattamento non può essere fatto valere e, nella situazione venutasi a determinare nella causa principale, spetta al giudice nazionale stabilire, da un lato, se vi sia una discriminazione vietata dal diritto nazionale e, dall'altro, con quali modalità essa vada eliminata.

Pertanto, e così conclude la Corte con l'ordinanza motivata, la normativa italiana che riconosce l'equivalenza dei titoli di architetto e di ingegnere civile riservando solamente agli architetti i lavori riguardanti gli immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico non contrasta con la normativa comunitaria. Di fronte a tale ordinanza l'organo amministrativo italiano potrà rivolgersi alla nostra Corte costituzionale sollevando una questione di legittimità costituzionale per ottenere una declaratoria di incostituzionalità della normativa italiana discriminatoria (cfr. sentenza Corte costituzionale n. 443/97, *cit. supra*).

LA CORTE DI GIUSTIZIA INDIVIDUA I CRITERI VOLTI A DETERMINARE IL GIUDICE COMPETENTE A RISOLVERE UNA CONTROVERSIA AI SENSI DELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES

Corte di giustizia

Sentenza del 10 giugno 2004 in causa n. C-168/02

Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius, Zeki Karan

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 - Interpretazione dell'art. 5, punto 3 - Competenza in materia di delitti o quasi-delitti - Determinazione del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto - Danno patrimoniale subito in occasione di investimenti di capitali in un altro Stato contraente.

L'art 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia

civile e commerciale, come modificata dalla Convenzione del 9 ottobre 1978 relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla Convenzione del 25 ottobre 1982 relativa all'adesione della Repubblica ellenica, dalla Convenzione del 26 maggio 1989 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese e dalla Convenzione del 29 novembre 1996 relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, dev'essere interpretato nel senso che l'espressione «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» non si riferisce al luogo di domicilio dell'attore in cui sarebbe localizzato il «centro patrimoniale» di quest'ultimo, per il solo motivo che egli vi avrebbe subito un danno economico risultante dalla perdita di elementi del suo patrimonio avvenuta e subita in un altro Stato contraente¹.

¹ La sentenza sopra massimata si riferisce ad una causa rimessa dalla Corte di cassazione austriaca alla Corte di giustizia per far verificare la portata dell'art. 5, punto 3, 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 1968, p. 32, cfr., altresì, il regolamento comunitario n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1). Ai sensi di tale disposizione: «Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: (...) 3. in materia di delitti o quasi-delitti, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto».

La causa, decisa con la sentenza qui commentata, è stata introdotta dal signor Kronhofer, domiciliato in Austria, contro i signori Maier, Möller, Hofius e Karan, con domicilio in Germania, per ottenere il risarcimento del danno consistente nelle perdite patrimoniali subite a causa del comportamento colpevole tenuto dai convenuti, in qualità di gestori e consulenti finanziari della società tedesca Protectas Vermögensverwaltungs GmbH. I convenuti, infatti, avrebbero indotto l'attore, per telefono, a concludere un contratto relativo a opzioni d'acquisto su azioni, senza alcun avvertimento in ordine ai rischi connessi a tale operazione speculativa della cui esecuzione l'attore ha potuto ottenere solamente un rimborso parziale del capitale da lui investito.

Il signor Kronhofer ha citato i convenuti, ai sensi dell'art. 5, punto 3 della Convenzione di Bruxelles, dinnanzi al giudice austriaco, avendo egli in Austria il proprio domicilio e perché le perdite patrimoniali riguardavano il proprio patrimonio investito in Austria. Il ricorso veniva respinto e l'organo austriaco successivamente adito dichiarava la propria incompetenza per il fatto che il giudice del luogo del domicilio non sarebbe il «giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto», dal momento che, né il luogo del fatto generatore, né il luogo della realizzazione del danno si troverebbero in Austria.

La Corte di cassazione, adita in ultimo grado, si è posta dunque il problema di stabilire, in particolare, se la nozione di «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto», prevista dall'art. 5, punto 3, della Convenzione, includa il luogo in cui è domiciliata la parte lesa e in cui sarebbe ubicato il suo «centro patrimoniale», ai fini dell'esercizio di un'azione di risarcimento danni dinanzi al giudice corrispondente.

La Corte di cassazione si è, quindi, rivolta alla Corte di giustizia per far risolvere la questione concernente il risarcimento del danno finanziario subito da un soggetto a causa di una serie di operazioni di borsa riguardanti elementi del proprio patrimonio, che il soggetto medesimo aveva precedentemente collocato in uno Stato contraente diverso da quello del suo domicilio.

Il principio di base cui occorre far riferimento è quello contenuto nell'art. 2, 1° comma della Convenzione, ai sensi del quale le persone aventi il domicilio nel territorio di uno Stato contraente sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti agli organi giurisdizionali di tale Stato. Una deroga a tale principio è prevista dall'art. 5, punto 3, della Convenzione sulle competenze speciali (sull'interpretazione restrittiva di tali competenze, cfr. sentenze del 27 settembre 1988 in causa n. 189/87, *Kalfelis*, in *Raccol-*

ta, 1988, p. 5565 e del 15 gennaio 2004 in causa n. C-433/01, *Blijdenstein*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

La Corte, nella sentenza qui considerata, richiama la propria giurisprudenza nella quale viene precisato che il principio oggetto di interpretazione si basa, nella sostanza, sull'esistenza di un collegamento tra una controversia e un giudice diverso da quello del domicilio del convenuto, che possa giustificare un'attribuzione di competenza a quest'ultimo giudice ai fini della buona amministrazione della giustizia e dell'economia processuale (cfr. sentenze del 30 novembre 1976 in causa n. 21/76, *Bier*, in *Raccolta*, 1976, p. 1735 e del 1° ottobre 2002 in causa n. C-167/00, *Henkel*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8111).

Tenuto conto della particolarità della nozione da interpretare che riguarda sia il luogo in cui è insorto il danno, sia quello in cui si è svolta l'azione che lo ha prodotto, la Corte ha ritenuto di non dover fornire un'interpretazione estensiva fino al punto da ricomprendervi ogni luogo in cui possono essere avverite le conseguenze pregiudizievoli di un fatto che ha causato un danno effettivamente avvenuto in un altro luogo (cfr. sentenze del 19 settembre 1995 in causa n. C-364/93, *Marinari*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2719 e del 5 febbraio 2004 in causa n. C-18/02, *DFDS Torline*, non ancora pubblicata in *Raccolta*). Di conseguenza, con riferimento alla fattispecie da decidere, la Corte ha statuito nel senso che, poiché le operazioni si sono svolte in Germania (l'attore della causa principale, infatti, è stato contattato telefonicamente dalla sede tedesca della società) e il trasferimento di denaro è stato effettuato dal conto austriaco a quello tedesco, sia l'evento che il danno si sono svolti in territorio tedesco.

Ne consegue, e così conclude la Corte, che la nozione contenuta nell'art. 5, punto 3, della Convenzione, – riferendosi esclusivamente al solo danno causato direttamente dall'azione dei convenuti, escludendo i danni indiretti e accessori, – non può essere interpretata nel senso di riferirsi anche al domicilio dell'attore in cui sarebbe localizzato il centro dei suoi interessi.

IL REGIME FRANCESE SULLA PUBBLICITÀ TELEVISIVA INDIRETTA DI BEVANDE ALCOLICHE NON CONTRASTA CON LA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI E CON LA DIRETTIVA «TV SENZA FRONTIERE»

I

Corte di giustizia

Sentenza del 13 luglio 2004 in causa n. C-429/02

Bacardi France SAS c. Télévision Française 1 SA TF1, Groupe Jean-Claude Darmon SA, GiroSport Sarl

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Libera circolazione dei servizi - Direttiva n. 89/552/Cee - Televisione senza frontiere - Contrasto - Trasmissioni televisive - Pubblicità - Provvedimento nazionale che vieta la pubblicità televisiva di bevande alcoliche commercializzate in tale Stato, nella parte in cui esso riguarda la pubblicità televisiva indiretta derivante dall'apparizione sullo schermo di pannelli visibili durante la trasmissione di determinati eventi sportivi - Legge francese *Evin* - Tutela della sanità pubblica - Giustificazione.

L'art. 2, n. 2, 1° comma, prima frase, della direttiva del Consiglio del 3 ottobre 1989, n. 89/552/Cee relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, non osta a che uno Stato membro vieti la pubblicità televisiva di bevande alcoliche commercializzate nel detto Stato, laddove ciò riguardi la pubblicità televisiva indiretta derivante dall'apparizione sullo schermo di pannelli visibili durante la trasmissione di eventi sportivi coinvolgenti due Stati che si svolgono sul territorio di altri Stati membri¹.

Una simile pubblicità televisiva indiretta non dev'essere considerata «pubblicità televisiva» ai sensi degli artt. 1, lett. b., 10 e 11 di tale direttiva².

L'art. 49 del Trattato CE non osta a che uno Stato membro vieti la pubblicità televisiva di bevande alcoliche commercializzate in tale Stato, laddove ciò riguardi la pubblicità televisiva indiretta derivante dall'apparizione sullo schermo di pannelli visibili durante la trasmissione di eventi sportivi coinvolgenti due Stati che si svolgono sul territorio di altri Stati membri³.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 13 luglio 2004 in causa n. C-262/02

Commissione delle Comunità europee, sostenuta da Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Repubblica francese

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Art. 49 CE - Radiodiffusione televisiva - Pubblicità televisiva - Provvedimento nazionale che vieta la pubblicità televisiva di bevande alcoliche commercializzate in tale Stato, nella parte in cui esso riguarda la pubblicità televisiva indiretta derivante dall'apparizione sullo schermo di pannelli visibili durante la trasmissione di determinati eventi sportivi - Legge francese *Evin* - Insussistenza.

La Repubblica francese, subordinando alla previa eliminazione della pubblicità di bevande alcoliche la trasmissione televisiva in Francia, ad opera dei canali televisivi francesi, di manifestazioni sportive che si svolgono nel territorio di altri Stati membri, non è venuta meno agli obblighi che le incombono a norma dell'art. 49 del Trattato CE⁴.

Il ricorso è respinto⁵.

¹⁻⁵ Il divieto di messaggi pubblicitari indiretti concernenti le bevande alcoliche durante la programmazione di partite di calcio internazionali, disputate al di fuori del territorio nazionale, costituisce l'oggetto della causa risolta con la prima delle due sentenze della Corte di giustizia sopra massimate. Essa è scaturita da un rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte di cassazione francese: la Bacardi (società francese appartenente al gruppo

internazionale Bacardi-Martini) sosteneva che, a causa della legge francese sulla lotta all'alcolismo e al tabagismo (l. n. 91-32, del 10 gennaio 1991, la c.d. legge *Evin*), le emittenti televisive nazionali, *Télévision Française TFI*, *Groupe Jean-Claude Darmon SA* e *GiroSport Sarl*, dissuadevano i club calcistici stranieri dal concederle in affitto i pannelli pubblicitari situati nel perimetro del campo allo scopo di evitare i divieti imposti dalla legislazione interna.

Ai sensi della legislazione francese, sopra citata, infatti, la pubblicità televisiva diretta o indiretta di bevande alcoliche è vietata.

La domanda della Bacardi veniva rigettata sia in primo grado, sia in grado d'appello e la Corte di cassazione francese adita, ritenendo indispensabile l'interpretazione della Corte di giustizia in proposito, sospendeva il procedimento e chiedeva alla Corte medesima di chiarire se la normativa francese fosse incompatibile con le disposizioni comunitarie relative alla libera prestazione dei servizi e con la direttiva n. 89/552/Cee (la c.d. direttiva «Tv senza frontiere»).

In particolare, con la prima questione viene chiesto alla Corte se l'art. 2, n. 2, 1° comma della direttiva n. 89/552/Cee (ai sensi del quale: «Gli Stati membri assicurano la libertà di ricezione e non ostacolano la ritrasmissione sul proprio territorio di trasmissioni televisive provenienti da altri Stati membri per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla presente direttiva») impedisca ad uno Stato membro di vietare la pubblicità televisiva di bevande alcoliche commercializzate in tale Stato, qualora si faccia riferimento alla pubblicità televisiva indiretta ottenuta mediante pannelli visibili nel corso delle trasmissioni di eventi sportivi che si svolgono sul territorio di altri Stati membri. La Corte innanzitutto precisa che la pubblicità televisiva indiretta di bevande alcoliche non costituisce un messaggio televisivo riconoscibile finalizzato alla promozione dei beni o dei servizi ai sensi della direttiva n. 89/552/Cee. Risulta, infatti, impossibile vedere la pubblicità solamente durante gli intervalli dei programmi in quanto le immagini dei pannelli pubblicitari appaiono sullo sfondo delle immagini trasmesse in maniera irregolare ed imprevedibile in base alle esigenze della trasmissione. Ne consegue, a parere della Corte, che siamo al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva n. 89/552/Cee.

Rispondendo alla seconda questione la Corte, dopo aver esaminato l'esistenza di una restrizione ai sensi dell'art. 49 del Trattato nonché la possibilità di una giustificazione della pubblicità televisiva controversa e la proporzionalità di tale regime, ha affermato che la normativa francese costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi (cfr., sentenze del 25 luglio 1991 in causa n. C-76/90, *Säger*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4221; del 3 ottobre 2000 in causa n. C-58/98, *Corsten*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7919 e del 31 gennaio 1984 in cause riunite n. 286/82 e n. 26/83, *Luisi e Carbone*, in *Raccolta*, 1984, p. 377). Infatti, i proprietari di pannelli pubblicitari devono rifiutare qualunque forma di pubblicità di bevande alcoliche qualora l'evento sportivo sia suscettibile di essere trasmesso in territorio francese. Inoltre, le emittenti televisive francesi vengono poste nella condizione di dover rifiutare tutte le trasmissioni di eventi sportivi durante i quali siano evidenti i pannelli pubblicitari che promuovono le bevande alcoliche commercializzate in Francia e anche gli organizzatori di eventi sportivi che si svolgono al di fuori del territorio francese non possono vendere i diritti di trasmissione alle emittenti francesi, per il fatto che la diffusione dei programmi televisivi, aventi ad oggetto gli eventi sportivi, può dare vita ad una pubblicità televisiva indiretta.

D'altro canto, con riferimento alla possibilità di giustificare la pubblicità televisiva contestata, la Corte precisa che, nel caso di specie, il regime controverso persegue in modo adeguato uno scopo di tutela della sanità pubblica con la conseguenza che tutte le argomentazioni sollevate circa la natura sproporzionata di un siffatto regime sono da ritenere infondate (cfr. sentenze del 10 luglio 1980 in causa n. 152/78, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1980, p. 2299; dell'8 marzo 2001 in causa n. C-405/98, *Gourmet International Products*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1795 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 79; sul rispetto del principio di proporzionalità, cfr. sentenza del 25 luglio 1991 in cause riunite n. C-1/90 e n. C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior e Publivia*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4151; sull'idoneità a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, cfr. sentenze del 23 novembre 1999 in cause riunite n. C-369/96 e n. C-376/96, *Arblade e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8453 e del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99,

Canal Satélite Digital, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607).

È stata, pertanto, ritenuta compatibile con la normativa comunitaria relativa alla libera prestazione dei servizi ex art. 49 CE, la disciplina francese che vieta la pubblicità indiretta di bevande alcoliche commercializzate all'interno del Paese: la relativa legislazione nazionale viene giustificata con la necessità di tutelare la salute pubblica e ritenuta proporzionata rispetto allo scopo perseguito.

La medesima normativa è stata oggetto di un ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione contro la Repubblica francese nella causa n. C-262/02 (di cui è stata riportata sopra la massima della sentenza) nella quale è stato chiesto alla Corte di dichiarare l'incompatibilità della normativa francese con la libera prestazione dei servizi prevista dal Trattato, a causa degli ostacoli introdotti dalla legge *Evin* in merito alla trasmissione in Francia di eventi sportivi stranieri (per le questioni di fondo, che sono largamente coincidenti con quelle della causa n. C-429/02, cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano presentate in data 11 marzo 2004).

La Corte, in questa seconda sentenza, richiamando sostanzialmente le argomentazioni svolte nella sentenza della causa n. C-429/02, precisa che il regime francese relativo alla pubblicità televisiva è idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo di protezione della salute pubblica da esso perseguito ai sensi dell'art. 46, n. 1, CE.

Il regime francese, quindi, – così motiva la Corte in sentenza, confutando gli argomenti della Commissione – oltre ad essere proporzionato (il fatto che uno Stato membro imponga norme meno severe di quelle imposte da un altro Stato membro non significa che queste ultime siano sproporzionate, cfr. sentenza del 10 maggio 1995 in causa n. C-384/93, *Alpine Investments*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1141), troverebbe applicazione solamente con riferimento alla pubblicità delle bevande alcoliche commercializzate in Francia; non sarebbe ammesso solo in alcuni Stati membri; non si sovrapporrebbe ai controlli già effettuati nell'ambito delle procedure in vigore in un altro Paese membro e conterrebbe disposizioni sufficientemente puntuali e precise volte a circoscrivere con chiarezza, per le emittenti interessate, i casi nei quali siano vietate le ritrasmissioni di manifestazioni sportive.

In conclusione, la Corte respinge il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione.

L'ATTIVITÀ SPORTIVA E IL DIVIETO DELL'USO DI SOSTANZE DOPANTI RIENTRANO NEL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO SOLAMENTE SE PERSEGUONO OBIETTIVI DI CARATTERE ECONOMICO

Tribunale di primo grado

Sentenza del 30 settembre 2004 in causa n. T-313/02

David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione delle Comunità europee

Art. 230 CE - Ricorso per l'annullamento della decisione della Commissione del 1° agosto 2002 - Artt. 81-82 CE - Regole di concorrenza - Artt. 49 ss. CE - Libera prestazione di servizi - Incompatibilità con le norme comunitarie in materia - Regolamentazione *antidoping* adottata dal Comité international olympique (CIO) - Regolamentazione puramente sportiva - Obiettivi economici - Spirito sportivo - Il ricorso è respinto.

[La] natura di regolamentazione puramente sportiva comporta che la contestazione da parte dei ricorrenti delle regole antidoping controverse abbia attinenza con l'ordinamento sportivo e rientri nella competenza degli organi di composizione delle controversie sportive. A questo proposito, il Tribunale ricorda che i ricorrenti avevano a disposizione vie di ricorso che hanno utilizzato solo parzialmente. Essi hanno, infatti, rinunciato a contestare la sentenza arbitrale del TAS del 23 maggio 2001 dinanzi al Tribunal fédéral suisse¹.

(...) il Tribunale dichiara che i tre motivi di annullamento dedotti dai ricorrenti a sostegno del presente ricorso sono irrilevanti. Infatti, i due primi motivi, relativi a manifesti errori di valutazione che la Commissione avrebbe commesso nel qualificare il CIO come impresa e nell'applicazione dei criteri della sentenza del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, Wouters e a., sono fondati sull'erronea premessa che la regolamentazione antidoping controversa appartenga al diritto della concorrenza. Quanto al terzo motivo di ricorso, relativo ad un errore manifesto di valutazione da parte della Commissione nell'applicazione dell'art. 49 CE, esso riposa sull'erronea premessa che la regolamentazione antidoping controversa abbia attinenza con questa disposizione (...)².

¹⁻² La Fédération internationale de natation, (di seguito FINA) applica al nuoto, attraverso le Doping Control Rules, le regole per il controllo *antidoping*, il codice *antidoping* del Movimento olimpico. La regola DC 1.2, lett. a. definisce il *doping* come la «violazione che si verifica quando una sostanza vietata viene trovata nei tessuti solidi o liquidi del corpo di uno sportivo». Tale definizione viene ripresa e corrisponde a quella enunciata all'art. 2, n. 2, del citato codice *antidoping*, secondo cui è qualificabile come *doping* «la presenza nell'organismo dell'atleta di una sostanza vietata, la constatazione dell'uso di una tale sostanza o la constatazione dell'applicazione di un metodo vietato».

I signori Medina e Majcen, atleti professionisti, che praticano il nuoto a lunga distanza, sono risultati positivi ad un controllo *antidoping* nel corso di una competizione di coppa del mondo e per tale ragione sono stati sospesi per un periodo di quattro anni, in seguito ridotti a due dal Tribunal arbitral du sport.

I ricorrenti hanno denunciato alla Commissione la violazione degli artt. 81 e 82 CE.

In sostanza, nella loro denuncia, essi hanno messo in discussione la compatibilità di alcune disposizioni regolamentari adottate dal Comité International Olympique ed applicate dalla FINA, oltre che di alcune prassi relative al controllo *antidoping*, con la normativa comunitaria sulla concorrenza e sulla libera prestazione dei servizi.

L'applicazione della normativa concernente le regole *antidoping* controverse condurrebbe alla violazione delle libertà economiche degli atleti, garantite in particolare dall'art. 49 CE e, dal punto di vista del diritto della concorrenza, alla violazione dei diritti che gli atleti possono invocare a norma degli artt. 81 e 82 CE.

La Commissione europea ha respinto la denuncia fatta dagli atleti che hanno così proposto ricorso al Tribunale di primo grado.

Il ricorso presentato, avente ad oggetto l'annullamento di una decisione di rigetto di una denuncia, come risultato di un procedimento di applicazione degli artt. 81 e 82 CE, pone, in sostanza, la questione di stabilire se una regolamentazione *antidoping* possa essere contestata ai sensi dell'art. 49 CE, relativo alla libera prestazione dei servizi, e quali conseguenze possano essere eventualmente dedotte da tale accertamento con riferimento al diritto comunitario della concorrenza.

Anzitutto il Tribunale prende in considerazione la natura ed il contenuto della regolamentazione *antidoping* controversa alla luce della giurisprudenza della Corte relativa sia all'applicazione delle disposizioni del Trattato CE in materia di libera circolazione dei lavoratori, libera prestazione dei servizi e concorrenza, sia all'applicazione dei regolamenti che disciplinano le attività sportive.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'attività sportiva è disciplinata dal diritto comunitario solo in quanto configurabile come attività economica ai sensi dell'art. 2 CE (cfr., sul punto, le sentenze della Corte del 12 dicembre 1974 in causa n. 36/74, *Walrave e Koch*, in *Raccolta*, 1974, p. 1405; del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921, in questa *Rivista*, 1996, p. 311 con commento di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323; dell'11 aprile 2000 in cause riunite n. C-51/96 e n. C-191/97, *Deliège*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2549; del 14 luglio 1976 in causa n. 13/76, *Donà*, in *Raccolta*, 1976, p. 1333 nonché del 13 aprile 2000 in causa n. C-176/96, *Lehtonen e Castors Braine*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2681).

La Corte ha precisato, altresì, che quando un'attività sportiva riveste il carattere di una prestazione di lavoro subordinato o di una prestazione di servizi retribuita, essa ricade in particolare nell'ambito di applicazione degli artt. 39 CE ss. o degli artt. 49 CE ss. (cfr., in proposito, le sentenze *Walrave*, *Donà* e *Bosman*, *cit. supra*).

Ne consegue che i divieti contenuti nelle disposizioni comunitarie sono applicabili nel campo dello sport solamente se riguardano l'aspetto economico che l'attività sportiva può rivestire (per esempio: le clausole di trasferimento che prevedono il pagamento di un'indennità, le norme sulla composizione delle squadre dei *club*, le clausole sui termini di scadenza per i trasferimenti, etc.).

Costituiscono invece regole puramente sportive, estranee, quindi, dall'ambito di applicazione degli artt. 39 e 49 ss. CE quelle relative alla composizione delle squadre nazionali (cfr. sentenze *Walrave*, *Donà*), o ancora le regole relative alla selezione da parte delle federazioni sportive di quelli tra i loro affiliati che possono partecipare a competizioni internazionali di alto livello (cfr. sentenza *Deliège*). Anche le c.d. regole del gioco, volte a stabilire la durata delle partite o il numero dei giocatori in campo, non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario.

Un regolamento puramente sportivo è estraneo all'attività economica e non ricade, pertanto, nell'ambito di applicazione degli artt. 39 ss. e 49 ss. e neppure nella disciplina della concorrenza.

Anche il divieto del *doping*, secondo il Tribunale, si basa su considerazioni puramente sportive ed è estraneo a qualsiasi considerazione di carattere economico. Tenuto conto poi che le regole *antidoping* sono strettamente legate allo sport, ne consegue che anch'esse non possono entrare nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato sulle libertà economiche.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

INDEROGABILITÀ DELLE NORME PENALI DI DIVIETO DEL GIOCO D'AZZARDO: LA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA L'ILLEGITTIMITÀ DI UNA LEGGE REGIONALE ISTITUTIVA DI CASE DA GIOCO

Corte costituzionale
Sentenza del 21-24 giugno 2004 n. 185/2004*

Presidenza del Consiglio dei ministri c. Regione Friuli-Venezia Giulia

Presidente, *Zagrebelsky* - Relatore, *Mezzanotte*

Art. 117, comma 2, lett. l. Cost. - Legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 17 luglio 2002, n. 17 - Istituzione e disciplina di case da gioco - Divieto di gioco d'azzardo - Competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia penale - Illegittimità costituzionale.

Ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. l. Cost., la competenza in materia penale spetta in via esclusiva dello Stato. È pertanto illegittima e va annullata la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 17 del 17 luglio 2002 (Istituzione di case da gioco nel Friuli-Venezia Giulia) poiché l'istituzione di case da gioco attraverso leggi regionali si risolve in una deroga al divieto posto dall'art. 718 c.p.

(Omissis) **In diritto**

1. Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 17 luglio 2002, n. 17 (Istituzione di case da gioco nel Friuli-Venezia Giulia).

* In argomento v. *infra*, p. 781 ss., il commento di *FULVIA ABBONDANTE*.

La legge denunciata, che consta di un solo articolo suddiviso in 15 commi, disciplina l'istituzione di case da gioco nel territorio della Regione Friuli-Venezia Giulia, prevedendo che l'amministrazione regionale possa promuovere la costituzione, ai sensi dell'art. 2458 del codice civile, di una società per azioni con lo scopo di gestire case da gioco ovvero possa affidare lo svolgimento di tale attività, in regime di concessione, ad una società con sede in uno Stato membro dell'Unione europea; la medesima legge detta poi le disposizioni relative all'affidamento in concessione delle case da gioco e rinvia ad un successivo regolamento la disciplina di tale attività.

Secondo il ricorrente, tale legge, travalicando i poteri che lo statuto speciale d'autonomia e le relative norme d'attuazione riservano alla Regione medesima, violerebbe l'art. 117, secondo comma, lett. *l*, della Costituzione, che riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato l'ordinamento penale, dovendo restare riservata a tale competenza l'individuazione di ogni caso in cui si renda necessaria una deroga alle disposizioni penali che vietano il gioco d'azzardo (artt. 718 ss. del codice penale).

Ulteriore e più specifica censura è rivolta poi al comma 9 dell'art. 1, il quale stabilisce che una quota del 20 per cento degli utili provenienti dalla gestione delle case da gioco sia destinato al rafforzamento delle strutture delle forze dell'ordine presenti nel territorio regionale. La disposizione contrasterebbe con l'art. 117, secondo comma, lett. *h*, Cost., che riserva allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di ordine pubblico e sicurezza.

2. La questione è fondata.

Rileva il ricorrente che, a fronte della disciplina contenuta nello statuto speciale della Regione Friuli-Venezia (legge costituzionale n. 1 del 1963) e nelle relative norme di attuazione, che non attribuiscono una competenza alla Regione stessa in materia penale, un'estensione della competenza regionale non è desumibile neppure dall'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, che rende applicabile alle Regioni ad autonomia speciale le disposizioni della novella costituzionale del 2001 che comportino per esse una più ampia autonomia. L'art. 117, secondo comma, lett. *l*, Cost. riserva infatti allo Stato la materia dell'"ordinamento penale", da intendersi come sistema normativo riguardante il diritto sostanziale, giacché la disciplina processuale è enumerata nel primo periodo della stessa lett. *l*.

Si deve ricordare che la riserva allo Stato di tale competenza non è una novità introdotta in sede di revisione del Titolo V. Nella giurisprudenza di questa Corte era infatti ricorrente l'affermazione secondo cui la sola fonte del potere punitivo è la legge statale e le Regioni non dispongono di alcuna competenza che le abiliti a introdurre, rimuovere o variare con proprie leggi le pene previste dalle leggi dello Stato in tale materia; non possono in particolare considerare lecita un'attività penalmente sanzionata nell'ordinamento nazionale (tra le altre, si vedano le sentenze n. 234 del 1995, n. 117 del 1991, n. 309 del 1990, n. 487 del 1989). Dalla riforma costituzionale del 2001, questo orientamento giurisprudenziale ha ricevuto una esplicita conferma, giacché è oggi positivamente previsto che la materia dell'ordinamento penale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *l*, Cost., è di esclusiva competenza dello Stato.

Resta aperto l'ordine dei problemi sui quali questa Corte si è già in passato soffermata. La «materia penale», intesa come l'insieme dei beni e valori ai quali viene accordata la tutela più intensa, non è di regola determinabile *a priori*; essa nasce nel

momento in cui il legislatore nazionale pone norme incriminatrici e ciò può avvenire in qualsiasi settore, a prescindere dal riparto di attribuzioni legislative tra lo Stato e le Regioni. Si tratta per definizione di una competenza dello Stato strumentale, potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni, le cui scelte potranno risultarne talvolta rafforzate e munite di una garanzia ulteriore, talaltra semplicemente inibite.

Di qui l'esigenza che l'esercizio della potestà statale in materia penale sia sempre contenuto nei limiti della non manifesta irragionevolezza, non soltanto in ossequio al criterio della *extrema ratio*, al quale, secondo la giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 487 del 1989, n. 364 del 1988, n. 189 del 1987), deve essere sempre ispirata la repressione criminale. Alla stregua del criterio anzidetto la compressione delle competenze legislative regionali è giustificata quando la legge nazionale sia protesa alla salvaguardia di beni, valori e interessi propri dell'intera collettività tutelabili solo su base egualitaria.

3. Alla luce delle considerazioni che precedono è in primo luogo infondata la tesi difensiva della Regione, secondo la quale gli artt. 718 ss. cod. pen. – che puniscono l'esercizio del gioco d'azzardo e considerano addirittura una aggravante l'apertura e la gestione di una casa da gioco – andrebbero interpretati nel senso di escludere dall'ambito dell'incriminazione i comportamenti posti in essere in base a provvedimenti derogatori dell'autorità pubblica. Una simile virtualità interpretativa è estranea all'art. 718 cod. pen., che non contempla alcuna deroga a favore di non meglio specificate autorità pubbliche. È certo vero che l'attuale assetto delle case da gioco in Italia è caratterizzato da lacunosità e disorganicità, che questa Corte non ha mancato di sottolineare, sollecitando un intervento di razionalizzazione da parte del legislatore (sentenze n. 438 del 2002, n. 291 del 2001, n. 152 del 1985). E tuttavia le attuali deroghe (che riguardano l'esercizio del gioco d'azzardo in apposite case da gioco nei Comuni di San Remo, Venezia, Campione d'Italia e Saint-Vincent) sono state dalla giurisprudenza, anche di questa Corte, ricondotte a disparate discipline statali, diverse da quella contenuta negli artt. 718 ss. cod. pen., che resta di per sé inderogabile.

Si aggiunga che questa norma incriminatrice è espressione non irragionevole di quella discrezionalità del legislatore di cui si è appena detto, sebbene la *ratio* dell'incriminazione non risieda nel disvalore che il gioco d'azzardo esprimerebbe in sé, come pure talvolta si è sostenuto. Anche in esso si manifestano infatti propensioni individuali (impiego del tempo libero, svago, divertimento) che appartengono di norma ai differenti stili di vita dei consociati; stili di vita, i quali, in una società pluralistica, non possono formare oggetto di aprioristici giudizi di disvalore. Le fattispecie penali di cui agli artt. 718 ss., rispondono invece all'interesse della collettività a veder tutelati la sicurezza e l'ordine pubblico in presenza di un fenomeno che si presta a fornire *l'habitat* ad attività criminali. La stessa preoccupazione è stata del resto avvertita anche a livello comunitario: la Corte di giustizia, in più di una occasione (sentenza 21 ottobre 1999 in causa n. C-67/98 e sentenza 24 marzo 1994 in causa n. C-275/92), ha affermato che spetta agli Stati membri determinare l'ampiezza della tutela dell'impresa con riferimento al gioco d'azzardo ed ha fondato la discrezionalità di cui devono godere le autorità nazionali, oltre che sulle sue dannose conseguenze individuali e sociali, proprio sugli elevati rischi di criminalità e di frode

che ad esso si accompagnano.

L'incriminazione in esame non può dunque dirsi in alcun modo eccedente il complesso di beni e valori che lo Stato, nei termini già chiariti, può tutelare con la sanzione penale, sebbene ciò non elida la necessità, già avvertita dalla Corte, di un intervento legislativo di riordino dell'attuale normativa del settore.

4. In conclusione, la legge regionale impugnata, disciplinando l'istituzione di case da gioco nel territorio della Regione Friuli-Venezia Giulia, introduce una deroga al generale divieto di cui si è detto e nel far ciò invade la materia «ordinamento penale», dall'art. 117, secondo comma, lett. *l.*, della Costituzione, riservata in via esclusiva allo Stato.

L'unitarietà dell'oggetto della disciplina recata dall'unico articolo della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 17 luglio 2002, n. 17, fa sì che la declaratoria di incostituzionalità debba investire l'intera legge, con conseguente assorbimento dell'ulteriore e più specifica censura proposta dallo Stato.

(Omissis)

IL NUOVO ORDINAMENTO REGIONALE E LE CASE DA GIOCO

1. Sotto la vigenza del precedente art. 117 era stata sollevata, da più parti, la questione della esistenza o meno, in capo alle Regioni e nel silenzio della Costituzione, di un potere di intervento normativo penale nelle materie attribuite alla loro competenza esclusiva o concorrente¹.

La dottrina, non solo penalistica², riteneva pacifica l'esistenza di una riserva di legge statale di carattere penale. Mancava, tuttavia, un appiglio normativo esplicito che fugasse ogni dubbio in proposito ed il fondamento costituzionale della riserva di legge statale in merito veniva individuato ora nell'art. 25, 2° comma, ora nell'art. 3, 1° comma, e da altri ancora nell'art. 5 ed infine nell'art. 120 Cost., commi 2° e 3°, che vieta alle Regioni di adottare provvedimenti che siano di ostacolo al libero esercizio dei diritti fondamentali.

In assenza di un dato positivo certo, l'attribuzione alla legge statale di una siffatta competenza esclusiva veniva fatta derivare non solo da un'interpretazione teleologico-sistematica dell'ordinamento – quale risultato di una precisa opzione culturale, che individuava nella legge statale la fonte per eccellenza – ma anche da un'interpretazione funzionale della riserva di legge penale.

¹ Corte Cost., 25 giugno 1957 n. 104, in DASSANO - MACCAGNO - RONCO (a cura di), *Le sentenze della Corte Costituzionale sugli artt. 25, commi 2 e 3 e 27, commi 1 e 3 (1956-1975)*, Torino, 1976, p. 38 ss.

² Per quel che riguarda la dottrina penalistica si vedano VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, Milano, Giuffrè, 1974; BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 rivisitato alla fine degli anni 70*, in *La questione criminale*, 1980, p. 204 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2001, p. 50 ss. Per un approfondimento sulle interferenze fra leggi penali statali e leggi regionali cfr. PIERGALLINI, *Norma penale e leggi regionali: la costruzione del tipo*, in *Riv. proc. pen.*, 1994, p. 457. Per quel che riguarda la dottrina giuspubblicistica, si veda per tutti, PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1998, p. 170 ss.; MARTINES, *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 271 ss. e in AA. VV. (a cura di AMATO - BARBERA), *Manuale di diritto pubblico - Diritto pubblico generale*, I, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 144 ss., che sottolinea come la riserva di legge rappresenti principalmente una norma distributiva della competenza tra le fonti del diritto.

La individuazione di comportamenti penalmente rilevanti, si sosteneva, comporta una scelta tra tutti i beni e valori emergenti dall'intera società, e necessita quindi di una visione generale dei bisogni e delle esigenze che la comunità esprime, tale che solo lo Stato può avere.

In secondo luogo, la scelta dei comportamenti da ritenere illeciti risponde ad uno scopo fondamentale, quello di assicurare condizioni minime del vivere democratico, cioè del rispetto delle condizioni di uguaglianza libertà e rispetto reciproco, osservando tuttavia i principî di sussidiarietà e di proporzionalità.

In base al primo, l'intervento penale va assicurato – come *extrema ratio* – qualora gli altri rami del diritto non siano in grado di approntare un'adeguata tutela ed implica perciò la valutazione di programmi di politica generale, che appunto solo lo Stato può effettuare. Il principio di proporzionalità, inteso quale proporzione tra il comportamento penalmente rilevante e la sanzione, è a sua volta soprattutto congruenza fra gli strumenti utilizzati e le finalità da perseguire. Solo in tal modo si può effettivamente tutelare la comunità e unicamente il legislatore nazionale è in grado di effettuare tale valutazione.

Tali premesse teoriche sono state condivise ed avvalorate già in passato dalla Corte costituzionale³.

Essa, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di norme regionali abrogative di disposizioni penali, ha infatti sempre ribadito la competenza esclusiva dello Stato in tale materia.

2. La sentenza n. 185/2004 rappresenta (da ciò il suo peculiare rilievo) la prima pronuncia in tema di art. 117, 2° comma, lett. *l*.

La decisione è scaturita da un conflitto di attribuzione tra lo Stato e la Regione Friuli Venezia Giulia.

La legge regionale in questione – composta di un unico, benché lungo articolo – prevedeva, al primo comma del medesimo, la possibilità per l'amministrazione regionale di promuovere la costituzione, ai sensi dell'art. 2458 c.c., di una società per azioni con lo scopo di gestire case da gioco, ovvero di affidare lo svolgimento di tale attività, in regime di concessione, ad una società, purché avesse sede in uno Stato membro dell'Unione europea.

Al comma 9° è prevista altresì la destinazione del venti per cento degli introiti ricavati da detta gestione al rafforzamento delle strutture delle forze dell'ordine presenti nel territorio.

³ Un'esegesi approfondita dell'art. 25 in quest'ottica è offerta da Corte cost., 25 ottobre 1989 n. 487, in *Foro it.*, 1990, I, c. 26 con nota di FIANDACA; sull'illegittimità della deroghe attraverso leggi regionali alle leggi statali penali cfr. Corte cost., 22 giugno 1990 n. 309; 15 marzo 1991 n. 117; 13 giugno 1995 n. 234, tutte in *Giur. cost.*, 1990, I, I, p. 1246 ss.; 1991, I, I, p. 636 ss.; 1995, I, I, p. 940 ss.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha sollevato conflitto di attribuzione, censurando un'assunta violazione dell'art. 117, 2° comma, lett. *l*. Cost., poiché la istituzione di case da gioco è vietata ai sensi dell'art. 718 c.p.

La legge regionale si porrebbe pertanto (è la tesi del ricorso) come norma abrogativa di tale divieto e quindi in palese contrasto con la norma costituzionale, come interpretata nei sensi sopra riferiti, che individua la potestà legislativa statale come unica fonte in grado di costituire e modificare validamente l'ordinamento penale.

La Regione ha sostenuto dal suo canto l'esercizio legittimo del proprio potere legislativo, evidenziando in primo luogo che la disciplina delle case da gioco si presenta disorganica ed incoerente, a fronte del divieto dell'art. 718 c.p. e ricordando come in Italia siano state, infatti, istituite già quattro case da gioco, con provvedimenti *ad hoc*, i quali sono stati ricondotti, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a discipline statali fondate su motivazioni disparate, ma comunque diverse da quelle sottostanti al divieto sancito al riguardo dal codice penale.

Ciò posto, secondo la difesa regionale, ne deriverebbe un riconoscimento implicito della legittimità delle case da gioco; si osserva, tra l'altro, che la legge in questione è comunque improntata a cautela e ad un regime di controllo pubblico sull'attività che ne forma l'oggetto, giacché subordina l'apertura delle case da gioco al rilascio di una concessione e non ne facoltizza semplicemente l'apertura in regime di libera concorrenza.

3. La Corte ha ritenuto ammissibile il sollevato conflitto e lo ha risolto a favore dello Stato.

In primo luogo, l'organo di giustizia costituzionale ha ricordato appunto (come si è detto qui in premessa) come la competenza esclusiva dello Stato in materia penale non sia certo una novità introdotta con la riforma del Titolo V, poiché la sua giurisprudenza ha già in passato ripetutamente affermato che il potere punitivo trova la sua fonte solo nella legge statale.

La novità introdotta dall'art. 117, 2° comma, lett. *l*. consiste semmai nell'aver positivizzato tale orientamento. La "materia" penale, che di per sé non ha un'estensione e un contenuto determinabili *a priori*, nasce nel momento in cui il legislatore pone norme incriminatrici in qualsiasi settore, indipendentemente dalla ripartizione delle attribuzioni legislative tra Stato e Regione⁴.

È infatti, una competenza strumentale, insomma – più che una materia in senso proprio – un modo di disciplina dei rapporti e per tale sua natura può

⁴ Sulla "trasversalità" della materia penale ai fini della distribuzione degli ambiti di competenza propri fra Stato e Regioni v. da ultimo GIUFFRÈ, *Vecchi privilegi e nuovi moniti nella questione delle case da gioco "autorizzate"* (nota a Corte cost. 2 giugno 2004 n. 185), in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2004, in www.forumcostituzionale.it.

incidere negli ambiti sostanziali più diversi, anche in quelli di competenza esclusiva e residuale.

È vero peraltro che – nella fattispecie in esame – la disomogeneità e la disorganicità della disciplina sono state più volte sottolineate proprio dal giudice costituzionale, che ha sollecitato in diverse occasioni un intervento del legislatore, al fine di razionalizzare la materia⁵.

I provvedimenti⁶ che hanno consentito l'apertura delle ricordate case da gioco esistenti sul territorio nazionale sono peraltro da ricondurre sì a singole discipline statali, fra loro diverse quanto a ragioni ispiratrici, ma appaiono tutti conformi alla previsione normativa⁷.

Deve poi rilevarsi come l'art. 718 c.p. costituisca un'applicazione non irragionevole della libertà di apprezzamento politico del legislatore statale.

La *ratio* della previsione della fattispecie incriminatrice non consiste nel disvalore in sé del gioco d'azzardo (argomentazione che pure, in un primo tempo, aveva contraddistinto alcune sentenze della Corte⁸), poiché la propensione al gioco è anche manifestazione di scelte individuali – che come tali non possono essere valutate aprioristicamente in senso negativo – né nella tutela esclusiva di valori quali la solidarietà sociale, la famiglia, la dignità umana, il risparmio⁹.

Essa risiede piuttosto nell'interesse della collettività a tutelare l'ordine pubblico da fenomeni – come appunto la diffusione incontrollata delle case da gioco – che potrebbero metterlo in pericolo, come l'esperienza dimostra, essendo esse un *habitat* naturale e un fertile terreno di coltura anche per la criminalità organizzata.

4. La compatibilità delle norme restrittive all'attività di impresa in materia di case da gioco, assunte per prevalenti tali finalità di prevenzione, è stata del

⁵ In particolare, cfr. Corte cost., 23 maggio 1985 n. 152, in *Giur. cost.*, 1, I, p. 105 ss.

⁶ Per la istituzione della casa da gioco di Sanremo v. rdl 22 dicembre 1927 n. 2448, convertito in l. 27 dicembre 1928 n. 3125; per quella di Venezia, v. rdl 22 dicembre 1927, per quella di Campione rdl 16 luglio 1936, per quella di Saint Vincent v. le leggi 29 luglio 1949 n. 486, 29 novembre 1955 n. 1179, 6 dicembre 1971 n. 1065, 26 novembre 1981. Dall'interpretazione delle prime due e dai lavori preparatori della terza la Corte costituzionale – cfr. sentenza *ult. cit.* – ricava la legittimità dell'istituzione del Casinò di Saint Vincent; v. pur da ultimo sentenza del 7 novembre 2002 n. 438, sempre in *Giur. cost.*, 2, II, p. 3598 ss., anche se su questione parzialmente diversa.

⁷ In dottrina sulla disciplina delle case da gioco cfr. F. FRANCHINI, v. *Case da gioco*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1960, p. 359-363; A. AZZERA, *Aspetti giuridici della disciplina delle case da gioco in Italia*, in *Arch. Pen.*, 1983, I, p. 279 ss.; G. PIOLETTI, *Giuochi vietati*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 68 ss.; F. BORSELLI, *I giuochi d'azzardo*, in *Nuovo Diritto*, 1976, p. 30 ss.; G. ABBAMONTE, *Linee alla legislazione sulle case da gioco: prospettive di evoluzione*, in AA.VV., *L'istituzione delle nuove case da gioco in Italia*, Napoli, 1981, p. 15-26.

⁸ Cfr. Corte cost., 23 maggio 1985 n. 152, *loc. cit.*; Corte cost. 25 luglio 2001 n. 291, in *Giur. cost.*, 2, II, p. 2401 ss.; Corte cost., 7 novembre 2002 n. 438, *loc. cit.*

⁹ Sebbene le resistenze di alcuni gruppi politici ed associazioni all'apertura di case da gioco nasca anche dalla dichiarata esigenza di tutelare i cittadini da specifiche patologie, quale appunto la «dipendenza dal gioco d'azzardo», diffusasi con cifre allarmanti negli ultimi anni.

resto confermata anche a livello comunitario, essendo tali norme finalizzate alla tutela di interessi generali, qual è appunto il contrasto al possibile sviluppo dell'attività criminale.

La sentenza offre in particolare lo spunto per almeno due ordini di considerazioni.

a. In primo luogo, l'art. 117 Cost. – *in parte qua* e cioè con la specificazione contenuta nella lett. l. del suo 2° comma – ha, senza dubbio, colmato una lacuna (di diritto positivo, più che del sistema in quanto tale, come si è detto).

Infatti, in un ordinamento complessivo nel quale la riserva di legge non è più attribuzione di potestà all'unica fonte competente, ma è riserva di potestà legislativa, in conseguenza della pari ordinazione fra legge statale e legge regionale, la esplicita attribuzione di questa specifica materia (*rectius*: di un modo di disciplina in uno specifico campo di intervento) alla regolazione da parte della potestà legislativa statale è funzionalmente tesa a garantire coerenza ed uniformità al diritto penale, che forse più di ogni altro ramo – ovvero, con più immediata evidenza – impone scelte di valore e risponde alla tutela di fini generali della collettività.

Come ha giustamente sottolineato la dottrina, ripresa dalla più recente giurisprudenza costituzionale, la nuova formulazione dell'art. 114 è più in sintonia con l'art. 5 della Costituzione e ne fa puntuale applicazione, perché meglio realizza l'esigenza fondamentale ivi posta di unità – indivisibilità e rispetto dell'autonomia, attraverso la configurazione dello Stato come uno dei diversi soggetti di cui è costituita la Repubblica, la quale è e resta una ed indivisibile.

L'art. 117 risponde dunque, tra l'altro, all'esigenza di chiarire quali materie siano espressione dell'ordinamento generale della Repubblica (intesa come dimensione territoriale unitaria) e quali sono invece espressione dello Stato-soggetto¹⁰.

b. In secondo luogo, la razionalizzazione (ed una "nazionalizzazione", per così dire) della legislazione sul gioco d'azzardo necessita di un intervento immediato, che si rende omai obbligato e non semplicemente opportuno, a seguito delle innegabili trasformazioni avvenute sia nell'ordinamento interno sia nel diritto comunitario¹¹ anche in tale settore.

¹⁰ In tal senso, in dottrina, cfr. per tutti PINELLI, *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del Titolo V*, in *Relazione ed interventi dell'incontro studio sul tema «Il nuovo titolo V della Costituzione. Primi problemi nella sua attuazione»*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*. (Relazione al corso SPISA, 6 maggio 2002) in www.giurcost.org.

¹¹ Un primo esempio di intervento a livello europeo sul gioco d'azzardo è rappresentato dalla direttiva n. 75/368/Cee (oggi abrogata), in *Guce* n. L 167 del 30 giugno 1976, p. 22-28. Tra le più recenti iniziative della UE, in tale settore, si segnala la proposta di direttiva della Commissione

Negli altri Paesi europei, il gioco d'azzardo è ammesso, sebbene sia disciplinato da norme statali. La scelta di consentire l'apertura di case da gioco incentiva infatti il flusso turistico e favorisce lo sviluppo di aree altrimenti con bassa occupazione; i proventi delle case da gioco sono inoltre utilizzati, sia come entrata fiscale, sia per il finanziamento di servizi sociali.

Anche l'atteggiamento del nostro legislatore è mutato, negli ultimi anni

Il divieto assoluto sancito dall'art. 718 c.p. mal si concilia, oggi, con l'esistenza di norme che favoriscono ed anzi incitano al gioco nelle sue più diverse forme.

È infatti addirittura lo stesso Stato a gestire scommesse e giochi a premio per finalità di tipo prevalentemente fiscale, finendo per contraddire – nella sostanza – l'opzione di tutela di certi valori, sottesa all'introduzione di tale norma durante l'ordinamento prerepubblicano e che avevano peraltro trovato a lungo protezione anche sotto la vigenza della Costituzione del 1948.

Tali giochi, per la loro caratteristica di aleatorietà, finiscono comunque per avere tutte le connotazioni sociali e psicologiche negative tipicamente collegate al gioco d'azzardo.

Nell'ipotesi di scommesse e giochi a premio, che pure possono dar luogo a nuovo fertile terreno per lo sviluppo di attività malavitose su un territorio come il nostro (in particolare nelle regioni del Sud, il cui territorio vede una larga presenza di criminalità organizzata che vi si origina, impegnata a coprire con forme legali attività illegali), si è tuttavia ovviato al rischio – o si è almeno tentato di ridurlo – introducendo un monopolio pubblico per la gestione di tali attività¹².

Tale gestione monopolistica ha peraltro aperto un contenzioso con l'Unione europea, la quale considera ormai il gioco d'azzardo come rientrante anch'esso nelle attività possibile oggetto di libera prestazione di servizi e in quanto tale sottoposto al regime degli artt. 43 - 49 del Trattato¹³.

Una disciplina delle case da gioco deve perciò realizzare scopi diversi e per certi versi anche contrastanti tra loro e tenere assieme finalità plurime di ordine generale, come lo sviluppo economico e assieme la protezione della

europea per lo sviluppo di norme specifiche per i servizi di gioco d'azzardo, ma con effetti solo a partire dal 2010: cfr. IP/02/1180 in www.europa.eu

¹² Nel caso, invece, di apparecchi e congegni di divertimento ed intrattenimento, la l. 27 dicembre 2002 n. 289 ha introdotto all'art. 22, un regime di autorizzazione per la loro produzione, importazione e gestione, con il preciso fine di contrastarne l'uso illegale, sia il connesso fenomeno dell'evasione fiscale.

¹³ In tal senso, cfr. sentenze della Corte di giustizia: 21 settembre 1999 in causa n. C-124/97, *Läärä e.a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6067; 21 ottobre 1999 in causa n. C-67/98, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7289; 11 settembre 2003 in causa n. C-6/01, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) e altri c. Estado português*, pubblicata in estratto su *Europe Court Reports* e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 527, tutte in www.curia.eu, le quali hanno, tuttavia, ritenuto la compatibilità tra il diritto comunitario e normative nazionali restrittive in materia di giochi d'azzardo.

collettività dalle infiltrazioni mafiose e camorristiche, nonché la tutela dei soggetti più deboli e suggestionabili; deve assicurare il coinvolgimento organizzativo delle autonomie territoriali, ad esempio per la localizzazione delle case da gioco, ai fini della individuazione dei comuni ad alta vocazione turistica o delle aree con basso sviluppo occupazionale e per la distribuzione dei relativi proventi a fini perequativi; deve infine (per la parte lecita delle attività oggetto della presente nota e quanto al modo di disciplinarle) tenere presenti esigenze sovranazionali, quale l'apertura del settore ad operatori comunitari, in modo non discriminatorio.

Volendo allora ed in conclusione delineare i tratti di uno scenario praticabile per il legislatore statale – chiamato a questo auspicabilmente rapido (e per vero più volte sollecitato)¹⁴ intervento di riorganizzazione del settore in esame – il primo obiettivo può essere raggiunto limitando il numero di case da gioco sul territorio nazionale ed individuandone i possibili soggetti gestori in società a capitale pubblico o a capitale misto, con prevalenza del capitale pubblico.

Non sembra incompatibile con l'esigenza di un controllo (ma anzi ad esso funzionale) l'utilizzazione dello strumento della concessione a privati, che però rispondano a requisiti soggettivi e oggettivi rigorosamente predeterminati. In quest'ultimo caso, da più parti si è sottolineata l'opportunità di creare un albo nazionale dei gestori di case da gioco, tenuto e gestito a cura del Ministero dell'Interno

Il secondo intento può essere conseguito autorizzando le Regioni all'istituzione delle case da gioco secondo il piano statale in precedenza disegnato e lasciando ad esse la scelta sia sulla localizzazione della struttura, sia sulle destinazioni dei proventi che se ne traggono.

Se la legge dovesse prevedere lo strumento della concessione a privati per la gestione delle case da gioco, dovrebbe naturalmente esserne consentita la partecipazione anche ad operatori comunitari – privati e società – che dovrebbero essere soggetti alla regolamentazione prevista per i soggetti nazionali¹⁵.

Si eviterebbe in tal modo di incorrere in possibili censure da parte della Corte di giustizia, la quale ha più volte ritenuto compatibili con il diritto comunitario – in materia di giochi e scommesse – norme restrittive finalizzate

¹⁴ GIUFFRÈ, *Vecchi privilegi e nuovi moniti*, cit. supra, nota 4, dove l'A. sollecita la necessità di un intervento del Parlamento sottolineando, fra l'altro, che la presenza di una disciplina diversificata, per quel che riguarda la disciplina delle case da gioco, crea un regionalismo "differenziato" fuori dei meccanismi previsti dall'art. 116, III comma Cost. ed una irragionevole situazione di privilegio a favore di alcuni enti locali, in una materia come quella penale, tesa a garantire la salvaguardia di interessi e valori tutelabili solo su base egualitaria.

¹⁵ In tale direzione pendono presso il Parlamento italiano numerose proposte di legge: cfr. – solo tra le più recenti – la n. 71 del 30 gennaio 2001, e la n. 3749 del 24 marzo 1999 entrambe in www.camera.it; nonché il disegno di legge n. 1568, comunicato alla Presidenza del Senato il 24 ottobre 1996 in www.senato.it e numerose altre, sempre all'url www.camera.it

alla tutela di interessi generali, sottolineando tuttavia la necessità che le misure adottate dall'ordinamento nazionale a tutela dei predetti (e sopra ricordati) interessi siano per un verso effettivamente proporzionate agli strumenti utilizzati, ma soprattutto non applicate in modo discriminatorio¹⁶.

Fulvia Abbondante*

¹⁶ V., da ultimo, sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, *Gambelli e.a.*, in www.altalex.it, par. 74 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 528: «Quanto alla proporzionalità della normativa italiana con riguardo alla libertà di stabilimento, anche se l'obiettivo perseguito dalle autorità di uno Stato membro è di evitare che il rischio dei concessionari dei giochi siano implicati in attività fraudolente o criminali, escludere la possibilità per società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri di ottenere concessioni per la gestione delle scommesse sportive, soprattutto quando esistano altri strumenti di controllo e delle attività di dette società, può risultare una misura eccessiva rispetto a quanto necessario per impedire la frode»; sentenza della Corte di giustizia 11 settembre 2003 in causa n. C-6/01, *cit. supra*, nota 13.

* Dottoranda in Diritto pubblico interno e comunitario presso la II Università degli Studi di Napoli.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

AIUTI DI STATO: SEMPLIFICAZIONE DEI MECCANISMI DI CONTROLLO

Regolamento (Ce) n. 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004 recante disposizioni di esecuzione del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE*

La Commissione delle Comunità europee,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea,
visto il regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato Ce¹, in particolare l'art. 27,
sentito il parere del comitato consultivo in materia di aiuti di Stato,

(Omissis)

ha adottato il presente regolamento:

Capo I - Oggetto e ambito di applicazione

Articolo 1 - Oggetto e ambito di applicazione

1. Il presente regolamento stabilisce disposizioni dettagliate relativamente alla forma, al contenuto e ad altre modalità delle notificazioni e delle relazioni annuali di cui al regolamento (CE) n. 659/1999. Esso stabilisce anche disposizioni per il calcolo dei termini in tutti i procedimenti relativi agli aiuti di Stato e del tasso d'interesse per il recupero di aiuti illegittimi.

2. Il presente regolamento si applica agli aiuti in tutti i settori.

Capo II - Notificazioni

Articolo 2 - Moduli di notificazione

Fatti salvi gli obblighi degli Stati membri di notificare gli aiuti di Stato nel settore dell'industria carboniera a norma della decisione n. 2002/871/Ce³, le notificazio-

* *Gu-Ue* n. L 140 del 30 aprile 2004, p. 1 ss. In argomento v. *infra*, p. 795 ss., il commento di SALVATORE GUZZI.

¹ *Guce* n. L 83 del 27 marzo 1999, p. 1. Regolamento modificato dall'atto di adesione 2003.

ni di nuovi aiuti di cui all'art. 2, par. 1 del regolamento (Ce) n. 659/1999, tranne quelle di cui all'art. 4, par. 2 del presente regolamento, sono effettuate utilizzando il modulo di notificazione di cui all'allegato I, parte I del presente regolamento.

Le informazioni supplementari necessarie per la valutazione della misura conformemente ai regolamenti, alle linee direttrici, alle discipline e agli altri testi applicabili agli aiuti di Stato sono fornite utilizzando le schede di informazioni complementari di cui all'allegato I, parte III.

Ogniqualvolta le linee direttrici o le discipline relative sono modificate o sostituite, la Commissione adatta i moduli di notificazione e le schede di informazioni corrispondenti.

Articolo 3 - Trasmissione della notificazione

1. La notificazione è effettuata alla Commissione dal Rappresentante permanente dello Stato membro interessato. Essa è indirizzata al segretario generale della Commissione.

Se lo Stato membro intende avvalersi di una procedura particolare prevista da regolamenti, linee direttrici, discipline e altri testi applicabili agli aiuti di Stato, una copia della notificazione è inviata al direttore generale responsabile. Il segretario generale e i direttori generali possono designare punti di contatto per la ricezione delle notificazioni.

2. Tutta la corrispondenza successiva è inviata al direttore generale responsabile o al punto di contatto designato dal direttore generale.

3. La Commissione invia la sua corrispondenza al Rappresentante permanente dello Stato membro interessato o ad altro destinatario scelto dallo Stato membro.

4. Fino al 31 dicembre 2005 la notificazione è effettuata alla Commissione su carta. Nella misura del possibile lo Stato membro invia anche una copia elettronica della notificazione.

Dal 1° gennaio 2006 le notificazioni sono inviate per via elettronica se non diversamente convenuto dalla Commissione e dallo Stato membro che vi procede.

Tutta la corrispondenza relativa alle notificazioni è inviata per via elettronica successivamente al 1° gennaio 2006.

5. La data di trasmissione per fax al numero indicato dalla parte ricevente è considerata la data di trasmissione su carta se l'originale firmato è ricevuto entro i dieci giorni successivi.

6. Al più tardi entro il 30 settembre 2005 la Commissione, previa consultazione degli Stati membri, pubblica nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea i dettagli delle modalità di invio elettronico delle notificazioni, nonché gli indirizzi e le disposizioni necessarie per tutelare la riservatezza delle informazioni.

Articolo 4 - Procedura di notificazione semplificata per determinate modifiche ad aiuti esistenti

1. Ai fini dell'art. 1, lett. c. del regolamento (Ce) n. 659/1999 si intende per modifica di un aiuto esistente qualsiasi cambiamento diverso dalle modifiche di caratte-

³ *Guce* n. L 300 del 5 novembre 2002, p. 42.

re puramente formale e amministrativo che non possono alterare la valutazione della compatibilità della misura di aiuto con il mercato comune. Un aumento non superiore al 20% della dotazione originaria di un regime di aiuti non è tuttavia considerato una modifica ad un aiuto esistente.

2. Le seguenti modifiche di un aiuto esistente sono notificate utilizzando il modulo di notificazione semplificato riportato nell'allegato II:

- a. aumenti superiori al 20% della dotazione per un regime di aiuto autorizzato;
- b. proroga al massimo di sei anni di un regime di aiuto esistente autorizzato, con o senza aumento della dotazione;
- c. inasprimento delle condizioni per l'applicazione di un regime di aiuto autorizzato, riduzione dell'intensità dell'aiuto o riduzione delle spese ammissibili.

La Commissione si adopera per adottare una decisione sugli aiuti notificati mediante il modulo di notificazione semplificato entro un mese.

3. La procedura di notificazione semplificata non è ammessa per la notificazione di modifiche di regimi di aiuti per i quali gli Stati membri non hanno trasmesso relazioni annuali ai sensi degli artt. 5, 6 e 7, a meno che non siano trasmesse contestualmente le relazioni annuali per gli anni in cui sono stati concessi gli aiuti.

Capo III - Relazioni annuali

Articolo 5 - Forma e contenuto delle relazioni annuali

1. Fatti salvi i commi secondo e terzo del presente paragrafo, nonché ogni eventuale obbligo supplementare di trasmissione di relazioni specificatamente stabilite in decisioni condizionali a norma dell'art. 7, par. 4 del regolamento (Ce) n. 659/1999 e altresì il rispetto di eventuali impegni assunti dallo Stato membro nell'ambito di una decisione di autorizzazione di aiuti, gli Stati membri compilano le relazioni annuali sui regimi di aiuti esistenti a norma dell'art. 21, par. 1 del regolamento (Ce) n. 659/1999 per ciascun anno civile o parte di anno civile in cui si applica il regime, utilizzando il modello standardizzato di relazione riportato nell'allegato IIIA.

Le relazioni annuali sui regimi di aiuti esistenti relativi alla produzione, trasformazione o commercializzazione dei prodotti agricoli di cui all'allegato I del Trattato Ce sono redatte sulla base del modello riportato nell'allegato IIIB.

Le relazioni annuali sui regimi di aiuti esistenti relativi alla produzione, trasformazione e commercializzazione di prodotti della pesca di cui all'allegato I del Trattato sono redatte sulla base del modello di cui all'allegato IIIC.

2. La Commissione può richiedere agli Stati membri di fornirle informazioni aggiuntive su argomenti specifici da discutere preventivamente con gli Stati membri.

Articolo 6 - Trasmissione e pubblicazione delle relazioni annuali

1. Ogni Stato membro trasmette le sue relazioni annuali alla Commissione in formato elettronico non oltre il 30 giugno dell'anno successivo a quello cui si riferisce la relazione.

In casi giustificati gli Stati membri possono presentare una stima, a condizione che i dati reali siano trasmessi al più tardi insieme ai dati dell'anno successivo.

2. Annualmente la Commissione pubblica un quadro di valutazione degli aiuti di

Stato contenente una sintesi delle informazioni trasmesse nelle relazioni annuali nel corso dell'anno precedente.

Articolo 7 - Qualificazione giuridica delle relazioni annuali

La trasmissione di relazioni annuali non costituisce un adempimento dell'obbligo di notificare le misure di aiuto prima di darvi esecuzione a norma dell'art. 88, par. 3 del Trattato e detta trasmissione non pregiudica in alcun modo l'esito di un'indagine su un presunto aiuto illegittimo con la procedura di cui al capo III del regolamento (Ce) n. 659/1999.

Capo IV - Termini

Articolo 8 - Calcolo dei termini

1. I termini stabiliti dal regolamento (Ce) n. 659/1999 e dal presente regolamento o fissati dalla Commissione in applicazione dell'art. 88 del Trattato sono calcolati a norma del regolamento (CEE, Euratom) n. 1182/71 e delle disposizioni specifiche di cui ai paragrafi da 2 a 5 del presente articolo. In caso di conflitto prevalgono le disposizioni del presente regolamento.

2. I termini sono espressi in mesi o giorni lavorativi.

3. Ai fini del calcolo dei termini di azione per la Commissione, l'evento rilevante ai fini dell'art. 3, par. 1 del regolamento (CEE, Euratom) n. 1182/71 è la ricezione della notificazione o della successiva corrispondenza a norma dell'art. 3, par. 1 e dell'art. 3, par. 2 del presente regolamento.

Per quanto riguarda le notificazioni trasmesse dopo il 31 dicembre 2005 e la relativa corrispondenza l'evento rilevante è la ricezione della notificazione o la comunicazione elettronica all'indirizzo pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

4. Ai fini del calcolo dei termini di azione per gli Stati membri, l'evento rilevante ai fini dell'art. 3, par. 1 del regolamento (CEE, Euratom) n. 1182/71 è la ricezione della notificazione o della corrispondenza trasmessa dalla Commissione ai sensi dell'art. 3, par. 3 del presente regolamento.

5. Ai fini del calcolo dei termini per la trasmissione di osservazioni da parte di terzi o degli Stati membri non interessati direttamente dal procedimento dopo l'avvio del procedimento di indagine formale di cui all'art. 6, par. 1 del regolamento (CE) n. 659/1999, l'evento rilevante ai fini dell'art. 3, par. 1 del regolamento (CEE, Euratom) n. 1182/71 è la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* della comunicazione di avvio del procedimento.

6. Tutte le richieste di proroga dei termini devono essere debitamente giustificate e trasmesse per iscritto almeno due giorni lavorativi prima della scadenza, all'indirizzo indicato dalla parte che stabilisce il termine.

Capo V - Tassi di interesse per il recupero di aiuti illegittimi

Articolo 9 - Metodo di fissazione dei tassi di interesse

1. Se non diversamente stabilito in una decisione specifica, il tasso di interesse da utilizzare per il recupero degli aiuti di Stato concessi in violazione dell'art. 88,

par. 3 del Trattato Ce è un tasso percentuale annuo, fissato per ogni anno civile.

Esso è calcolato sulla base della media dei tassi *swap* interbancari a cinque anni per i mesi di settembre, ottobre e novembre dell'anno precedente, maggiorata di 75 punti base. In casi debitamente giustificati la Commissione può aumentare il tasso di più di 75 punti base per uno o più Stati membri.

2. Se la media degli ultimi tre mesi dei tassi *swap* interbancari a cinque anni disponibili, maggiorata di 75 punti base, differisce di più del 15% dal tasso di interesse in vigore per il recupero degli aiuti di Stato, la Commissione ricalcola il tasso di interesse per il recupero.

Il nuovo tasso si applica a partire dal primo giorno del mese successivo al ricalcolo della Commissione. La Commissione informa gli Stati membri per lettera del ricalcolo e della data da cui esso si applica.

3. Il tasso di interesse è fissato per ciascun Stato membro separatamente o per due o più Stati membri insieme.

4. In mancanza di dati affidabili o equivalenti o in casi eccezionali la Commissione, in stretta cooperazione con lo Stato membro o gli Stati membri interessati, può fissare un tasso di interesse per il recupero degli aiuti di Stato per uno o più Stati membri, sulla base di un metodo diverso o sulla base delle informazioni disponibili.

Articolo 10 - Pubblicazione

La Commissione pubblica i tassi di interesse per il recupero degli aiuti di Stato, in vigore e storici, nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e a scopo informativo su *Internet*.

Articolo 11 - Metodo di applicazione degli interessi

1. Il tasso di interesse da applicare è il tasso in vigore alla data in cui l'aiuto illegittimo è stato messo per la prima volta a disposizione del beneficiario.

2. Il tasso di interesse è applicato secondo il regime dell'interesse composto fino alla data di recupero dell'aiuto. Gli interessi maturati l'anno precedente producono interessi in ciascuno degli anni successivi.

3. Il tasso di interesse di cui al par. 1 si applica per tutto il periodo fino alla data di recupero. Tuttavia, se sono trascorsi più di cinque anni tra la data in cui l'aiuto illegittimo è stato per la prima volta messo a disposizione del beneficiario e la data di recupero dell'aiuto, il tasso di interesse è ricalcolato a intervalli di cinque anni sulla base del tasso in vigore nel momento in cui si effettua il ricalcolo.

Capo VI - Disposizioni finali

Articolo 12 - Riesame

La Commissione, di concerto con gli Stati membri, riesamina l'applicazione del presente regolamento entro quattro anni dalla sua entrata in vigore.

(Omissis)

LA TUTELA DEI TERZI NELLA PROCEDURA PER IL CONTROLLO DEGLI AIUTI DI STATO NEL REGOLAMENTO N. 659/1999/CE

Sommario: *Premessa - 1. I caratteri distintivi della procedura - 2. La natura giuridica della procedura e la qualificazione delle posizioni soggettive - 3. I terzi nella fase preliminare - Segue: La ratio dell'assenza di contraddittorio con i terzi - Segue: Le diverse categorie di terzi nella disciplina del regolamento - 4. I terzi nella fase formale - Segue: Esigenze partecipative e legittimazione a impugnare - 5. I terzi dinanzi ai giudici nazionali - 6. I terzi in altre procedure in materia di concorrenza: una comparazione - 7. Le questioni interpretative sul ruolo dei terzi ancora irrisolte.*

Premessa

Il completamento del mercato interno e il rafforzamento del processo di integrazione europea hanno determinato una maggiore incisività dell'azione di controllo che la Comunità svolge sugli aiuti di Stato¹.

La necessità di una regolamentazione delle modalità del controllo che la Commissione è chiamata ad effettuare sugli aiuti o, meglio, sui progetti di aiuto ai sensi dell'art. 88 CE è stata particolarmente sentita anche perché le scarse previsioni di questa norma impedivano di definire, da un lato, l'esten-

¹ Gli autori del Trattato ebbero consapevolezza del fatto che gli aiuti di Stato presentano una connotazione peculiare sì che il coordinamento degli interventi in *subiecta materia* può rivelarsi uno strumento efficace di orientamento delle politiche industriali nazionali verso obiettivi comuni.

Sul punto si richiamano K. D. EHLERMANN, *The contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, CMLR, 1992, p. 257 ss.; G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario. Il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, p. 399 ss.; M. MARTELLINI - F. P. CROCENZI, *Legge Prodi e art. 92 del Trattato Europeo*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 5/97, p. 383 ss.; G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2003.

sione dei poteri di indagine della Commissione e, dall'altro lato, non consentivano di garantire adeguatamente i mezzi di difesa di coloro che partecipavano alla procedura di controllo. Se l'art. 89 CE già prevedeva la possibilità di adottare normative di diritto derivato, gli ostacoli insorti in seno al Consiglio hanno di fatto impedito l'adozione, fino ad epoca recente, di un regolamento di procedura analogo a quello adottato in materia di concorrenza (artt. 81 e 82 CE), con non pochi problemi di ordine pratico risolti attraverso soluzioni concrete affidate alla prassi della Commissione e alla giurisprudenza della Corte².

L'adozione del regolamento n. 659/1999 rappresenta sotto questo aspetto un punto di arrivo che ha contribuito a far chiarezza in un settore in cui l'esercizio dei poteri di controllo e l'efficienza dell'azione amministrativa e, contemporaneamente, la tutela dei soggetti interessati vengono a contemperarsi³. Ampiamente ispirato alla prassi che lo ha preceduto, pur non traducendosi in

² Si tratta dei principi interpretativi elaborati dalla Corte di giustizia con i quali si è tentato di supplire alla carenza normativa e all'attività della Commissione. La prassi delle comunicazioni, sviluppatesi in relazione prima alla politica della concorrenza e, successivamente, agli aiuti di Stato, ha portato allo sviluppo di una copiosa produzione. La nota bibliografica posta in calce all'articolo di O. MONTALTO - P. MEDINA PALOMINO, *Aides d'Etat et moyen de défense des entreprises*, *RMUE*, 1991, IV, p. 11 ss., è a tal proposito molto utile. Si segnalano, inoltre, F. CARUSO, *Competenza a vigilare e competenza normativa nella disciplina comunitaria degli aiuti alle imprese*, in *Europa e Mezzogiorno*, 1993, n. 26; G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione*, cit. supra, nota 1; A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, Utet, 1996; Y. VAN BAEL - J. BELLIS, *Il diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, Giappichelli, 1995. Per completezza si portano all'attenzione del lettore anche le Relazioni Generali annuali sulla politica della concorrenza, edite a cura della Commissione, nonché alcune Comunicazioni che oggi possono anche leggersi nel volume di O. PORCHIA - M. VELLANO (a cura di), *Codice degli aiuti pubblici e dei fondi strutturali*, Torino, Giappichelli, 2002.

Sugli atti atipici cfr. P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità e dell'Unione Europea*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1990. Si tratta di una prassi traducesi nell'adozione di atti dai contenuti più disparati (solo per esemplificare: di orientamento, di decisione, di manifestazione di intenti).

³ Si tratta del regolamento relativo alle modalità di applicazione dell'art. 88 CE, in *Guce* n. L 83 del 27 marzo 1999 e in questa *Rivista*, 1999, p. 519 con commento di G. BELOTTI, *Il nuovo regolamento comunitario di procedura degli aiuti di Stato*, p. 535. Per un interessante riferimento alla situazione antecedente all'adozione del regolamento cfr. M. WAELBROECK, in J. MEGRET - J. V. LOUIS - D. VIGNES - M. WAELBROECK, *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 4, *Concurrence*, Bruxelles, 1974, p. 401 ss.; per gli sviluppi successivi, oltre ad una prima analisi quale quella di F. BESTAGNO, *Il controllo comunitario degli aiuti di Stato nel recente regolamento di procedura*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 339 ss., cfr. anche C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, Cedam, 2000.

Occorre ricordare il pressoché coevo regolamento n. 994/98 del 7 maggio 1998 sull'applicazione degli artt. 87-88 CE a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali, in *Guce* n. L 142 del 14 maggio 1998; il regolamento n. 68/2001 sugli aiuti destinati alla formazione, in *Guce* n. L 10 del 13 gennaio 2001; il regolamento n. 68/2001 sugli aiuti di importanza minore, in *Guce* n. L 103 del 13 ottobre 2001; il regolamento n. 70/2001 sugli aiuti alle piccole e medie imprese, in *Guce* n. L 83 del 27 marzo 1999; il regolamento (Ce) n. 1407/2002 del Consiglio, del 23 luglio 2002, sugli aiuti di Stato all'industria carboniera, in *Guce* n. L 205 del 2 luglio 2002; regolamento (Ce) n. 1/2004 della Commissione, del 23 dicembre 2003, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato Ce agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli, in *Gu-Ue* n. L 1 del 3 gennaio 2004; nonché, da ultimo, il regolamento (Ce) n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, sulle disposizioni di esecuzione del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato Ce, in *Gu-Ue* n. L 140 del 30 aprile 2004, p. 1 ss.

una sua pedissequa riproduzione, il regolamento presenta non pochi elementi di novità.

Le disposizioni procedurali istituiscono un meccanismo di controllo completo che investe sia gli aiuti esistenti che gli aiuti nuovi⁴, disciplinando anche i diversi momenti della procedura e i relativi poteri della Commissione⁵. Quest'ultima il 21 aprile 2004 ha adottato il regolamento Ce n. 794/2004 recante disposizioni di esecuzione del regolamento Ce n. 659/1999 cui sono allegati appositi modelli per la notificazione e le informazioni supplementari⁶. In ogni modo, il regolamento n. 659/1999 fa salva quella procedura speciale contemplata dall'art. 88, n. 2, 3 e 4 CE che ha carattere eccezionale e sostitutivo rispetto a quella svolgentsi dinanzi alla Commissione. La stessa, intervenendo o dovendo intervenire a fronte di situazioni atipiche, si conclude con un provvedimento "grazioso", potendo essere effettuata solo da un organo, qual è il Consiglio, che possa procedere fuori dell'alveo tracciato dall'art. 87 CE⁷. A rafforzare il carattere *extra ordinem* di questa procedura può essere menzionato anche il fatto che qualora il Consiglio non si pronuncerà, entro il termine di tre mesi dalla richiesta dello Stato interessato, la Commissione può azionare la procedura di controllo in via ordinaria⁸.

La presente indagine si focalizzerà sui profili procedurali del procedimento di controllo, e, in particolare, sulla posizione che alla luce dell'art. 88 CE e del regolamento n. 659/1999 spetta ai terzi giacché la ricostruzione del loro ruolo all'interno della procedura si configura alquanto problematica.

⁴ Per tutti A. MATTERA RICIGLIANO, *Il Mercato Unico Europeo*, Torino, Utet, 1990, p. 97 ss.; A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza*, cit. supra, nota 2; A. DASHWOOD, *Control of State Aids in the EEC: Prevention and Cure under Article 93, CMLR*, 1975, 12, p. 43 ss.; Y. VAN BAELE - J. BELLIS, *Il diritto della Concorrenza*, cit. supra, nota 2; J. FLYNN, *State Aids. Recent Case Law of the European Community*, in *EL Rev.*, vol. 12, n. 2, p. 124 ss.

⁵ Recita a tal proposito l'art. 2, n. 1, del regolamento n. 659/1999: «Salvo disposizione contraria dei regolamenti adottati a norma dell'art. 94 del Trattato o di altre disposizioni pertinenti dello stesso, qualsiasi progetto di concessione di un nuovo aiuto deve essere notificato tempestivamente alla Commissione dallo Stato membro interessato. La Commissione informa immediatamente lo Stato membro interessato della ricezione della notifica». Si considerano appartenenti alla categoria degli aiuti esistenti anche gli aiuti in relazione ai quali, ai sensi dell'art. 4, n. 5, del regolamento, la Commissione non si sia pronunciata. In questi casi lo Stato potrà dare attuazione all'aiuto, previa comunicazione ai sensi del successivo n. 6.

⁶ In *Guce* n. L 140 del 30 aprile 2004, p. 1 ss.

⁷ L'eccezionalità delle circostanze in presenza delle quali quest'organo può operare ha indotto recentemente la Corte di giustizia a riconoscere la possibilità di un'attenuazione dell'obbligo di motivazione ex art. 253 CE. In tal senso cfr. sentenza della Corte di giustizia del 29 febbraio 1996 in causa n. C-122/94, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 861 ss.

⁸ Il riferimento contenuto nel corpo della norma alle «(...) circostanze eccezionali (...)» induce a qualificare l'esame da parte di quest'ultimo organo come controllo politico, la qual cosa spiega anche il perché dell'attribuzione di tale eccezionale potere allo stesso organo investito del potere legislativo.

1. I caratteri distintivi della procedura

Il regolamento predispone una procedura a struttura bifasica. La fase preliminare, volta a porre la Commissione in condizione di valutare la compatibilità o meno dell'aiuto, *prima facie*, col diritto comunitario, è scevra da formalismi. Nel corso di essa la Commissione richiede allo Stato di formulare tutti i chiarimenti e le osservazioni che ritenga necessari. L'art. 5 del regolamento prevede infatti la possibilità di richiedere allo Stato tutte le informazioni necessarie all'indagine, assegnando un termine decorso il quale, ove non vi sia risposta, si provvede ad una nuova richiesta con assegnazione di termini.⁹ Il silenzio ulteriore dello Stato determinerà, come conseguenza, la constatazione, da parte della Commissione, del ritiro della notifica; a quel punto si procederà come se l'aiuto mai fosse stato notificato a meno che lo Stato non richieda tempestivamente ulteriori proroghe prima che la Commissione dichiari il ritiro della notifica, oppure lo Stato informi quest'ultima di considerare la notifica completa.

Tale fase o si chiude con una decisione che esclude la natura di aiuto della misura esaminata e che, alla luce della prassi precedente il regolamento, può assumere la forma di una mera lettera indirizzata allo Stato, oltre che quella della decisione ex art. 4, n. 2, del regolamento, o con una decisione di compatibilità ai sensi del successivo n. 3. In quest'ultimo caso occorrerà indicare anche la norma del Trattato che prevede la deroga applicata¹⁰.

La procedura può anche concludersi con una decisione di aprire la seconda fase, quella formale, ai sensi del n. 4 che, giusta il disposto del successivo art. 6, deve indicare tutti gli elementi atti a consentire ai terzi di individuare i punti di fatto e di diritto e la valutazione preliminare della misura operata dalla Commissione¹¹. Quest'ultima potrà effettuare – nel pieno rispetto del principio del contraddittorio – una valutazione approfondita della compatibilità dell'istituendo regime di aiuti col Mercato Comune giacché gli Stati membri e gli altri interessati potranno intervenire presentando le proprie osservazioni e contribuendo all'accertamento della compatibilità degli aiuti col Mercato Comune¹². Nel caso in cui, decorso il termine fissato dal regolamento in due mesi dalla ricezione di una notifica completa, la Commissione non si pronunci né ponga in essere

⁹ Anche per queste ulteriori informazioni è previsto il ricorso ad un modulo allegato al regolamento n. 784/2004. Si tratta precisamente della parte III dell'allegato I.

¹⁰ Sulla natura giuridica di questi atti vedi *infra* il n. 4.

¹¹ Sull'impugnabilità di questo tipo di atto già precedentemente all'entrata in vigore del regolamento si è ampiamente discusso. La dottrina lo considerava meramente preparatorio mentre la giurisprudenza, in presenza di particolari circostanze, gli ha riconosciuto natura decisoria (sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1992 in causa n. C-312/90, *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4117 ss. nonché sentenza del 30 giugno 1992 in causa n. C-47/91 *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4145 ss.).

¹² Cfr. A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza*, cit. *supra*, nota 2.

alcun atto interruttivo del silenzio, come una richiesta di informazioni o una qualsiasi altra attività istruttoria¹³, lo Stato, decorsi i 15 giorni previsti, può applicare il regime di aiuti che è oggetto di analisi, anche se è tenuto ad informare la Commissione di questa sua volontà.

Da sottolineare è il ruolo che il regolamento riconosce ai controinteressati: l'art. 20, n. 2, prevedendo la possibilità che qualsiasi interessato possa informare la Commissione dell'esistenza di un aiuto illegale, espressamente riconosce la possibilità che la procedura possa aprirsi a seguito di denuncia da parte di un controinteressato. Sul punto si ritornerà; occorre comunque sottolineare che il regolamento riconosce una posizione procedurale a colui che si ritiene leso dalla concessione di un aiuto, fosse uno Stato o anche un privato.

2. La natura giuridica della procedura e la qualificazione delle posizioni soggettive

L'esame dei diritti della difesa, completato dalle precisazioni relative ai diritti dello Stato e alle garanzie ad esso riconosciute nella giurisprudenza della Corte, indurrebbe a definire la procedura in esame come quasi giurisdizionale¹⁴. Essa rientra invece nel *genus* delle procedure amministrative, come riconosce la dottrina e come si addice alla stessa natura di organo politico-amministrativo che l'ordinamento comunitario attribuisce alla Commissione¹⁵. Quest'ultima, utilizzando la procedura di cui al regolamento n. 659/1999, esercita un esteso controllo improntato alla più ampia discrezionalità, valutando la compatibilità dell'aiuto controverso alla luce del confronto fra l'interesse comunitario al corretto funzionamento del mercato comune e l'obiettivo che lo Stato intende perseguire attraverso l'aiuto stesso quale può evincersi dalle informazioni oggetto della notifica.

Al fine di garantire la completezza della stessa quanto al contenuto informativo e, contemporaneamente, assicurare l'efficienza e la rapidità del controllo la stessa Commissione ha predisposto appositi moduli *standard* da utilizzare sia per le notifiche che per le eventuali informazioni complementari e che sono allegati al regolamento 794/2004.

Dalla qualificazione della procedura è derivato un ampio dibattito sulla individuazione delle posizioni dei soggetti che alla stessa partecipano, sì che a solo titolo di analogia e in assenza di prassi applicativa specifica del regola-

¹³ Va ricordato che nella prassi tale termine era stato fissato in due mesi empiricamente dalla Corte di giustizia nella sentenza dell'11 dicembre 1973 in causa n. 120/73, *Lorenz*, in *Raccolta*, 1973, p. 1471 ss.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1990 in causa n. C-301/87, *Francia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 307 ss.

¹⁵ G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione*, *cit. supra*, nota 1.

mento n. 659/1999 appare inevitabile il ricorso alla disciplina dettata in tema di concorrenza dal regolamento n. 17/62 del 6 febbraio 1962 recentemente modificato dal regolamento n. 1/2003¹⁶ del 16 dicembre 2002. Il limite all'utilizzo dell'analogia è però rappresentato dalla diversa qualificazione degli interessi a confronto, giacché in tema di aiuti non vi è confronto fra un interesse generale (quello comunitario) e un interesse particolare (quello dell'impresa), sì come accade per gli artt. 81-82 CE o per il regolamento n. 4064/89¹⁷, ma piuttosto fra due interessi di natura pubblicistica.

Il controllo assume allora – come si è già rilevato – una connotazione peculiare giacché, attraverso la garanzia del corretto funzionamento del mercato interno e del raggiungimento delle finalità proprie del Trattato, viene ad esplicarsi una funzione di indirizzo dell'attività statale in materia di politica economica e sociale.

Si spiega così il ruolo che può riconoscersi ai terzi nella procedura di controllo: dovendo garantirsi un'azione amministrativa trasparente, efficiente, imparziale ed equa onde raggiungere gli obiettivi che in questa materia ci si propone, l'intervento delle parti private diviene funzionale rispetto a questo obiettivo, sì che le stesse ben possono assumere più che la qualificazione di controinteressati quella di *amici curiae*, di ausiliari della Commissione nell'esercizio dei suoi poteri di controllo¹⁸.

La Commissione non si configura, infatti, come organo *super partes* ma diviene portatrice di un interesse specifico, poco importa che si tratti di un interesse pubblico, speciale. Il contraddittorio con lo Stato interessato è utile non solo e non tanto per garantire la parità tra le parti, ma anche per consentire di definire le modalità di azione dell'autorità amministrativa, la quale, nell'esercizio della sua discrezionalità, ben può, anche attraverso soluzioni negoziate, determinare quel coordinamento nel perseguimento dei fini comuni che nella materia degli aiuti di Stato assume particolare risalto¹⁹. L'imposizione di formulari *standard* da utilizzarsi per tutte le notificazioni relative a qualsivoglia tipo di aiuti – che si è stabilita col regolamento n. 794/2004 – consente,

¹⁶ In *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss. V. il commento di M. TAVASSI, *Il regolamento Ce n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in questa *Rivista*, 2004, p. 315 ss.

¹⁷ Regolamento n. 4064/89 del 21 dicembre 1989, in *Guce* n. L 395 del 30 dicembre 1989, p. 1 ss.

¹⁸ Sul punto si richiama il contributo offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: si tratta della sentenza del 21 novembre 1991 in causa n. C-269/90, *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5469 ss. Si segnala altresì la sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995 in causa n. T-167/94, *Nölle c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 2589 ss.

¹⁹ G. AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le Autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1991, p. 943 ss.; U. POTOTSCHING, *L'espropriazione per pubblica utilità*, in S. CASSESE, *Casi e materiali di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1990.

attraverso l'acquisizione di un'informazione completa, la migliore efficienza dell'azione amministrativa comunitaria. Ciò trova conferma nel richiamo, contenuto nell'art. 4, n. 3, del regolamento n. 659/1999, alla necessità di indicare quale sia la deroga applicata in base alle norme del Trattato.

Tuttavia, la presenza di precise garanzie della difesa non è sufficiente ad attribuirgli un carattere giurisdizionale²⁰. Se ciò è vero per il procedimento relativo all'applicazione delle disposizioni del Trattato in tema di concorrenza, al quale la Corte di giustizia ha espressamente negato tale carattere, rigettando le eccezioni fondate sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questa conclusione si impone *a fortiori* con riguardo alla procedura per il controllo degli aiuti di Stato²¹.

In tale procedura parti in senso proprio possono considerarsi da un lato la Commissione e, dall'altro, lo Stato "intimato", mentre non può qualificarsi tale l'interveniente che assumerebbe il ruolo di controinteressato che coadiuva la Commissione nella sua attività di controllo. A riprova di ciò v'è la possibilità, prevista dal n. 2 dell'art. 20, che la Commissione, allorché si sia attivata su ricorso di un controinteressato, deve informarlo quando in base agli elementi in suo possesso ritenga di doversi procedere all'archiviazione. Così come, ove ritenga di adottare una decisione, è tenuta ad inviarne copia al denunciante.

Sebbene il privato interessato (ad es. l'impresa concorrente che potrebbe essere pregiudicata dalla concessione dell'aiuto) o lo Stato membro interveniente (interessato ad evitare l'istituzione di un regime pregiudizievole per i propri cittadini) partecipino alla procedura con proprie osservazioni, di cui la Commissione tiene conto dandone anche comunicazione allo Stato membro nei cui confronti la procedura si svolge, non sembra che essi possano qualificarsi parti.

Nell'ottica di garantire l'efficienza dell'azione amministrativa comunitaria, in cui si concretizza il generale dovere di vigilanza ex art. 211 CE, di cui l'art. 88 CE e il regolamento n. 659/1999 costituiscono specificazione, si garantisce quell'esigenza partecipativa dei soggetti interessati tale da realizzare una vigilanza diffusa attraverso la partecipazione al procedimento che è

²⁰ Va osservato come particolarmente piena sia la garanzia dei mezzi di difesa in quelle procedure amministrative comunitarie a seguito delle quali possano aversi provvedimenti di carattere negativo per gli amministrati. Il punto è ampiamente sviluppato da G. AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie*, cit. *supra*, nota 19.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 1980 in cause riunite da n. 209 a n. 215 e n. 218/78, *Van Landeswyk e altri (Fedetab)*, in *Raccolta*, 1980, p. 3125 ss. Gli interessi che qui vengono in rilievo sono quelli dello Stato interessato ad attuare determinate scelte di politica economica e quello della Commissione tenuta, da un lato, a garantire che la libertà di concorrenza non sia falsata fra gli Stati membri e dall'altro a far sì che le politiche economiche nazionali vengano a coordinarsi per il perseguimento di obiettivi comuni.

essa stessa efficienza amministrativa²², contribuendosi per questa via al superamento di quel *deficit* amministrativo che sembra caratterizzare l'amministrazione comunitaria²³. Può tentarsi per questa via una lettura del ruolo dei terzi che, pur non essendo parti in senso proprio, intervengono per garantire l'interesse – a questo punto in via mediata – della Comunità in una gestione partecipativa che veda il rapporto privati-istituzioni ridisegnarsi in un'ottica di maggiore democraticità²⁴.

Si può così costruire un intervento che potrebbe addirittura svincolarsi da precise garanzie procedurali, ricollegandosi al corretto esplicarsi dell'azione amministrativa e dell'esercizio dei poteri discrezionali della Commissione, divenendo misura e limite dell'esercizio di questi ultimi²⁵.

3. I terzi nella fase preliminare

Procedendo nell'analisi del ruolo o, meglio, del rilievo che i terzi rivestono nella procedura, occorrerà, in assenza di una prassi applicativa specifica, far necessariamente riferimento alla giurisprudenza che via via si è formata sul punto. Non è casuale che si sia rimarcata la differenza sussistente fra le due fasi – preliminare e formale – giacché il ruolo che i terzi possono giocare nell'una e nell'altra è nettamente diverso. Come rilevato in precedenza, la procedura per il controllo dei c.d. aiuti nuovi inizia con una notifica da parte dello Stato.

È in questo quadro che si inserisce l'esigenza di completezza degli elementi utili per la formazione del giudizio della Commissione, già da quest'ultima espressa nella lettera indirizzata agli Stati membri il 2 ottobre 1981 e si spiega anche la particolare struttura dell'intero art. 4 del regolamento n. 659/1999 con la sua nozione di notifica completa: essa è tale quando contenga tutti gli elementi che consentono alla Commissione di accertare natura e

²² È quella vigilanza dei singoli cui già si faceva riferimento nella sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Raccolta*, 1963, p. 3 ss.

²³ Sul punto cfr. C. CHITI, *Il caso Alitalia e il deficit amministrativo della Commissione europea*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2001, p. 240 ss.

²⁴ In tal senso C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam fra consacrazione e limitazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 55, ove l'autore richiama il contributo di BUNYAN in *European Voice*, 8 febbraio 2001. Quest'ultimo sottolinea la profondità del deficit democratico evidenziandone la possibilità di superamento attraverso l'apertura, l'informazione del pubblico e la responsabilità delle istituzioni. Nell'ottica dell'efficienza amministrativa può leggersi anche l'adozione degli appositi formulari di notificazione utilizzabili dagli Stati, soprattutto se la si interpreta alla luce dei *considerando* 1, 2 e 6 del regolamento n. 794/2004.

²⁵ È in questa discrezionalità controllata attraverso l'intervento delle parti private che si realizza la *governance* comunitaria intesa come "buona amministrazione", come riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Technische Universität München*, richiamata *supra*, nota 18. Sul tema della *governance* comunitaria si segnala F. CAPELLI, *Commento al libro bianco della Commissione Ce sulla governance*, in questa *Rivista*, 2001, p. 623 ss.

conseguenza delle misure progettate²⁶. Funzionale a questo obiettivo è l'adozione del regolamento n. 794/2004 come si evince dalle previsioni dell'art. 2 che, imponendo il ricorso al modulo *standard* per le notifiche di qualsivoglia progetto di aiuto, ha come obiettivo proprio la completezza delle stesse²⁷.

Un marcato rilievo dei diritti dei terzi in questa fase della procedura va riconosciuto solo a coloro i quali, inoltrando un ricorso, provochino l'attivarsi della Commissione. Il ruolo che essi possono rivestire è, comunque, nella fase preliminare, circoscritto giacché la Commissione, dato atto della ricezione del ricorso, può all'esito invitare il denunciante a fornire ulteriori informazioni. Ciò è coerente con lo scopo fondamentale cui è preordinata la fase preliminare attraverso la quale la Commissione acquisisce *prima facie* la convinzione che il progetto sia un aiuto e nel caso di risposta affermativa se questo sia compatibile o meno con il Trattato. Al carattere informale di essa si riconnette l'esigenza del termine piuttosto stringente entro cui concluderla che, fissato dalla giurisprudenza, è oggi espressamente previsto dall'art. 4, n. 5 del regolamento²⁸. La tempestività è, peraltro, connessa all'esigenza statale di varare la misura sottoposta ad esame che verrebbe pregiudicata ove si riconoscesse una partecipazione dei terzi denunciati a questa fase della procedura, come riconosciuto nelle conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Heineken*²⁹.

Il regolamento non ha innovato sul punto benché il Comitato economico e sociale, nel suo parere relativo alla proposta della Commissione, avesse adombrato la possibilità di far partecipare i terzi alla procedura in attuazione del principio di trasparenza³⁰. Quella trasparenza che, in una prospettiva evo-

²⁶ *Diritto della concorrenza nelle Comunità Europee. Vol. IIA Regole applicabili agli aiuti di Stato*, Lussemburgo, Eur-Op, 1990; G. M. ROBERTI, *Aiuti di Stato e controlli comunitari*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 469 ss.

²⁷ Illuminante è il *considerando* n. 6 del regolamento n. 794/2004: «Per assolvere alle sue responsabilità di controllo degli aiuti la Commissione ha bisogno di ricevere informazioni precise dagli Stati membri».

²⁸ Il termine di due mesi, originariamente ricostruito dalla giurisprudenza della Corte nella sentenza dell'11 dicembre 1973 in causa n. 120/73, *Lorenz*, *cit. supra*, nota 11, è stato espressamente confermato dal regolamento. Quanto alla sua decorrenza, essa si identifica con la completezza della notifica e/o della ricezione di ogni informazione supplementare atta a consentire un controllo effettivo da parte della Commissione. Ciò che manca in questa fase è la possibilità di presentare osservazioni in sede istruttoria, che è invece la caratteristica della fase formale. Sul punto, oltre ai già citati C. PINOTTI e F. BESTAGNO, si segnalano A. SINNAEVE - J. P. SLOT, *The new Regulation on State Aid Procedures*, *CMLR*, 1999, p. 1153 ss. nonché L. GYSELEN, *La transparence en matière d'aides d'Etat: les droits des tiers*, in *Cah. dr. eur.*, 1993, p. 417 ss.

²⁹ La sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 1984 in cause riunite n. 91 e n. 127/83, *Heineken c. Commissione*, è in *Raccolta*, 1984, p. 3435 ss. In dottrina da ultimo G. M. ROBERTI, *Aiuti di Stato*, *cit. supra*, nota 26. Si segnala la sentenza del Tribunale di primo grado del 22 ottobre 1997 in cause riunite n. T-213/95 e n. T-18/96, *Sck e Fnk c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 1739 ss., punto 55, ove viene riaffermata l'esigenza di una durata ragionevole dei procedimenti amministrativi quale principio generale del diritto comunitario. Si richiama altresì la sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 1984 in causa n. 84/82, *Germania c. Commissione*, in *Raccolta*, 1984, p. 1451 ss., punti 14 e 15 della motivazione.

³⁰ Il parere è pubblicato in *Guce* n. C 284 del 14 settembre 1998, p. 10 ss. e che l'esigenza di trasparenza nelle procedure amministrative sia fortemente sentita se ne ha la prova dalla lettura del

lutiva, traduce il concetto di democrazia partecipativa "avanzata" nel contributo offerto dai cittadini, non soltanto dagli Stati, al funzionamento delle Istituzioni e, nella specie, nell'esercizio del potere di controllo³¹. L'obiettivo è quello di favorire la conoscenza di dati e informazioni attendibili mediante il contributo delle parti private sì da rendere possibile la valutazione dell'aiuto con *due diligence*³².

Una chiarificazione del ruolo dei terzi nella fase preliminare può essere conseguita alla luce di un contrasto giurisprudenziale intervenuto fra Tribunale di primo grado e Corte di giustizia nel corso della genesi del regolamento in esame. E fa d'uopo un inciso giacché occorre distinguere fra terzi denunciati che già sono in contatto con la Commissione, per aver dato impulso all'attività di controllo di quest'ultima, e terzi semplici controinteressati. Nella sentenza del 28 settembre 1995 in causa n. T-95/94, *Sytraval*, il Tribunale di primo grado sembrò quasi adombrare un ruolo che i terzi potrebbero giocare in questa fase³³. Ad avviso del Tribunale, infatti, la Commissione avrebbe potuto avviare già nella fase preliminare un'analisi in contraddittorio con i denunciati, disponendo di strumenti sufficienti che le avrebbero consentito di esaminare la fattispecie e motivare la decisione alla luce del dibattito così avviato³⁴. Tale soluzione che consentirebbe di ridurre i tempi dell'istruttoria formale, almeno nei casi che conducono ad un'archiviazione o ad una declaratoria di compatibilità, ha incontrato non pochi ostacoli.

punto 55 della sentenza del Tribunale di primo grado del 22 ottobre 1997 in cause riunite n. T-213/95 e n. T-18/96, *Sck e Fnk c. Commissione*, in *Raccolta*, loc. cit. Si afferma infatti che: «(...) il rispetto da parte della Commissione di un termine ragionevole nell'adozione di decisioni a conclusione di procedimenti amministrativi in materia di politica della concorrenza costituisce un principio generale del diritto comunitario (...)».

³¹ È interessante per una più approfondita disamina di questo tema l'articolo di S. GRECO, *Cittadinanza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1999, p. 941. Non mancano contributi sul nuovo strutturarsi dell'amministrazione comunitaria: per tutti si richiama l'articolo di C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso*, cit. supra, nota 24, ove viene svolta un'interessante analisi del rapporto fra democrazia, trasparenza e sussidiarietà anche alla luce del principio di prossimità previsto dall'art. 1, n. 1, TUE.

³² La partecipazione delle parti private al procedimento nell'ottica della trasparenza e della costruzione di un'amministrazione comunitaria più vicina ai cittadini in cui la partecipazione diviene anche argine alla discrezionalità amministrativa è approfondita da F. ASTONE, *La riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 55 ss.

³³ Sentenza del Tribunale di primo grado del 28 novembre 1995 in causa n. T-95/94, *Sytraval et Brink's France c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 2651 ss., anche se lo stesso Tribunale, nella successiva sentenza del 15 settembre 1998 in causa n. T-95/96, *Gestevisión Telecinco c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 3407 ss., ritorna alle tradizionali posizioni sul ruolo dei terzi nella fase preliminare.

³⁴ Cfr. segnatamente il punto 79 della sentenza in causa n. T-95/94, cit. supra, nota 33.

Segue: *La ratio dell'assenza di contraddittorio con i terzi*

Adita in sede di impugnativa della sentenza del Tribunale appena citata, la Corte di giustizia è stata di diverso avviso. Nella sentenza del 2 aprile 1998 in causa n. C-367/95 P, *Sytraval*, essa conferma l'indirizzo precedente sottolineando espressamente l'insussistenza dell'obbligo di avviare un contraddittorio col denunciante e chiarisce come a quest'ultimo possa intimarsi soltanto, nella fase formale, la presentazione di osservazioni³⁵. Nella sentenza da ultimo richiamata, anzi, si conferma la netta distinzione fra le due fasi della procedura e, contestualmente, il carattere opaco della prima di esse, anche se un limitato ruolo al denunciante viene riconosciuto, così preconizzandosi la soluzione adottata dal regolamento all'art. 20³⁶. La ragione è evidente: si vuole evitare un appesantimento del procedimento nella prima fase limitando sia la partecipazione che la protezione procedurale conseguente degli interessati. In questa fase l'esigenza di trasparenza può considerarsi soddisfatta dalla possibilità di richiedere informazioni prima di archiviare.

Più frequente è il caso che i terzi intervengano nella fase precontenziosa vera e propria e ciò si giustifica alla luce dello scopo dell'esame preliminare. Come la Corte ha sottolineato, si tratta «(...) di garantire alla Commissione la possibilità di esercitare, tempestivamente e nell'interesse generale della Comunità, il suo controllo sull'intero progetto mirante ad istituire o modificare aiuti» (cioè anche al fine di «(...) tener conto dell'interesse degli Stati membri ad essere informati rapidamente in settori in cui la necessità di intervenire può assumere carattere di urgenza (...))³⁷. Non è casuale che l'Avvocato Generale nelle sue conclusioni chiarisca la soluzione recepita dalla Corte, che pure potrebbe apparire quasi un passo indietro rispetto al Tribunale e tuttavia rimarca le esigenze che escludono il contraddittorio con i denunciati nella fase formale, chiarendo l'eccezionalità di un confronto con i terzi nella fase preliminare³⁸.

La *ratio* di due diverse fasi procedurali e di un diverso ruolo riconosciuto ai terzi emerge dalle conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Sytraval* ove si sottolinea l'obbligo di motivare adeguatamente la decisione onde con-

³⁵ In *Raccolta*, 1998, I, p. 1719 ss.

³⁶ Il punto 59 e, in particolare, il punto 64 che è illuminante a tal proposito. Occorre ricordare, peraltro, che il Tribunale di primo grado con la sentenza del 22 ottobre 1996 in causa n. T-266/94, *Fjmd c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 1399 ha confermato la distinzione fra le due fasi e il diverso ruolo giocato dai denunciati nell'una e nell'altra. Sul punto cfr. anche la già richiamata sentenza *Gestevisión Telecinco*, *loc. cit.*

³⁷ Sentenza del 9 ottobre 1984 in cause riunite n. 91 e n. 127/83, *Heineken*, *cit. supra*, nota 29, punto 14 della motivazione, ma cfr. anche la già citata sentenza in causa n. 84/82, *Germania c. Commissione*, *cit. supra*, nota 29, punto 11.

³⁸ Le conclusioni dell'Avvocato Generale C. O. Lenz possono leggersi in *Raccolta*, 1989, I, p. 1719 ss., in particolare si segnalano il punto 86 ed il punto 89.

sentire agli interessati la valutazione della possibilità di impugnare³⁹. Del resto l'art. 20, n. 1, del regolamento considera la partecipazione del terzo soltanto nella fase precontenziosa, che è quella prevista nell'art. 6, nulla affermando per quanto riguarda la fase preliminare di esame del progetto di aiuto. Ciò posto, quando la procedura si chiude con una dichiarazione di compatibilità, senza che si proceda all'apertura della fase formale, il terzo, che fosse pregiudicato da un tale atto, potrebbe far valere le sue ragioni in sede giurisdizionale previa richiesta di copia della decisione ex art. 20, n. 3, del regolamento n. 659/1999 a seguito della pubblicazione dell'atto che la contiene in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* e che oggi, al contrario del passato, è necessaria alla luce di un'espressa previsione in tale senso contenuta nell'art. 26, n. 1.

Segue: *Le diverse categorie di terzi nella disciplina del regolamento*

Sebbene non in maniera sostanziale, una limitata rilevanza della posizione del terzo già in questa fase si viene così a evidenziare giacché i controinteressati, alla luce dell'art. 20, n. 1, del regolamento, vedono riconosciuta la possibilità di presentare osservazioni nella sola fase formale, mentre il n. 2 attribuisce al terzo un limitato ruolo procedurale già in chiusura della fase preliminare e il n. 3 gli ascrive la possibilità di ottenere copia della decisione ex art. 4. È allora evidente come il terzo, almeno se denunciante, possa ottenere copia di qualsiasi decisione ex art. 4 e per questa via si fa strada la possibilità di procedere ad impugnativa ex artt. 230-232 CE, con una puntualizzazione che diviene doverosa.

Il problema che si pone, riguardo a questa norma, è quello del riconoscimento della legittimazione del terzo ad impugnare perché essa presupporrebbe che quest'ultimo possa essere considerato alla stregua di un "interessato" pur non avendo partecipato alla fase necessaria e non essendo a conoscenza dell'atto emanato dalla Commissione⁴⁰. È vero, infatti, come rilevato dall'Avvocato Generale van Theemat nella causa *Cofaz* che «(...) gli svantaggi per i concorrenti corrispondono ai vantaggi per le imprese favorite (...)», sì l'impresa concorrente dovrebbe considerarsi riguardata non meno direttamente di quella favorita dalla sovvenzione, ma è anche vero che la sola posizione di concorrente potenziale del possibile beneficiario dell'aiuto non può fondare *ex se* la legittimazione ad impugnare⁴¹.

³⁹ Punti 90-91 delle conclusioni.

⁴⁰ Su questo problema si rinvia al prossimo paragrafo ove si esaminerà anche la copiosa giurisprudenza che è intervenuta relativamente alla fase formale.

⁴¹ Cfr. le conclusioni nella causa n. 169/84 relative alla sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1986, *Cofaz*, in *Raccolta*, 1986, p. 391 ss. e, inoltre, la sentenza del 10 dicembre 1969 in cause riunite n. 10 e n. 18/68, *Eridania*, in *Raccolta*, 1969, p. 459 ss., nonché le più recenti senten-

Si fa strada, a questo punto, il dubbio se possa ipotizzarsi che i terzi siano riguardati direttamente ed individualmente da una decisione presa nei confronti di altra persona. Se in linea di principio deve ammettersi la possibilità per il terzo di una tutela in sede giurisdizionale a fronte di una decisione positiva – inteso il termine in senso atecnico – di chiusura della fase preliminare, ben diversa sarà in punto di fatto la posizione del terzo denunciante giacché questi, pur non partecipando alla fase preliminare, verrà informato dalla Commissione circa i risultati dell'indagine che ha contribuito a provocare ex art. 20, n. 2, con le facoltà conseguenti di cui al n. 3, come in precedenza già aveva chiarito l'Avvocato Generale nelle conclusioni della causa *Sytraval*.

Per i terzi denunciati v'è solo il problema di venire a conoscenza dell'atto da impugnare e di come acquisirlo effettivamente. Ciò avviene soprattutto nei casi in cui la Commissione archivi il caso o dichiara compatibile l'aiuto non con una decisione formale che, ai sensi dell'art. 26, dovrebbe comunque essere pubblicata, ma con la comunicazione informale di archiviazione. In questo quadro per il terzo denunciante non sembrano potersi ravvisare dubbi circa la possibilità di esperire il ricorso ex art. 230, n. 2, giacché si tratta di soggetti che, se pur non toccati direttamente dalla decisione, assumono comunque una particolare qualificazione. Sovviene in proposito la Corte di giustizia che, nella sentenza *Cirfs*, si è orientata nel senso di considerare la proposizione del ricorso alla Commissione da parte del terzo come determinante l'attribuzione della qualifica di interlocutore dell'amministrazione comunitaria e, quindi, portatore di un interesse qualificato⁴². Ciò è ancor più vero alla luce delle previsioni di cui all'art. 20 regolamento n. 659/1999.

Nell'ipotesi di archiviazione mediante *comfort letter*⁴³ si pone il problema della conoscenza dell'atto stesso, non potendosi ipotizzare un obbligo di pubblicazione, neppure alla luce del regolamento, benché la Commissione abbia deciso di pubblicare, dal 18 luglio 1990, anche le lettere di archiviazione. Mentre in precedenza i soli Stati venivano informati, con mesi di ritardo, attraverso l'invio di una copia della lettera-decisione, la pubblicazione in forma

ze del Tribunale di primo grado del 27 aprile 1995 in causa n. T-435/93, *Aspec c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 1285 ss. e in causa n. T-442/93, *AAC c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 1333 ss.

⁴² Sentenza del 24 marzo 1993 in causa n. C-313/90, *CIRFS e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1177 ss. nonché le già richiamate sentenze *ASPEC* (al punto 63 della motivazione) e *AAC* (al punto 48 della motivazione) entrambe *cit. supra*, nota 41. In dottrina si richiamano i contributi di A. SINNAEVE - J. P. SLOT, *The new regulation*, *cit. supra*, nota 28; L. GYSELEN, *La transparence en matière*, *cit. supra*, nota 28. Va però rilevato come il Tribunale di primo grado, con la sentenza del 5 giugno 1996 in causa n. T-398/94, *Scheepvaart*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 477, si sia orientato, in presenza di un regime generale di aiuti, nel senso di ritenere che la denuncia non possa configurare quelle «(...) circostanze sufficienti a caratterizzare la posizione della ricorrente rispetto a qualsiasi altra persona e di conferirle così l'interesse ad agire».

⁴³ Si tratta di quella prassi della Commissione che si è tradotta nell'adozione – in luogo di decisioni formali di archiviazione – di comunicazioni, di soluzioni negoziate, di *comfort letters*. Sul punto si richiama *amplius* P. MENGZZI, *Il diritto della Comunità*, *cit. supra*, nota 2.

molto succinta sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* e sul *Bollettino Mensile* consentirebbe al terzo di agire in giudizio per far valere i propri diritti, rilevando il difetto di quella motivazione che deve essere contenuta in tutti gli atti emanati dal Consiglio e dalla Commissione, anche con riferimento al difetto di motivazione (cfr. art. 253 CE)⁴⁴. Tale motivazione è funzionale allo scopo di consentire una valutazione circa il modo in cui si procede all'applicazione del diritto comunitario⁴⁵.

Al terzo non denunciante risulta dunque riconosciuta una tutela giurisdizionale più limitata. Peraltro, lo stesso ben potrebbe richiedere alla Commissione di conoscere il testo integrale della decisione – intesa in senso tecnico – di chiusura della fase preliminare, per valutare i motivi della soluzione adottata dalla Commissione e, a fronte del silenzio di quest'ultima o di un espresso rifiuto, potrebbe procedere alla costituzione in mora e successivamente all'esperimento del rimedio dell'art. 232, n. 2, CE in altri termini il ricorso in carenza⁴⁶. Il condizionale è d'obbligo qualora si configurino le soluzioni cui si è addivenuti come funzionali sia al carattere di questa fase, sia di quella prassi ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte che si ispira al ben noto principio del *check and balances*. Fra la necessità, in questa sede, di tutelare i terzi e quella di consentire allo Stato membro di adottare in tempi brevi decisioni di politica economica, dandovi attuazione, la Corte è propensa – in presenza di un *fumus* di compatibilità al Trattato – ad optare per un'interpretazione sensibilmente restrittiva dell'art. 88, n. 3, CE. In proposito va anzi sottolineato che la Corte ha ritenuto ricevibile il ricorso presentato dallo Stato interessato avverso l'atto di apertura della fase istruttoria, la cui necessità appariva contestabile, ammettendo espressamente che dalla ritardata

⁴⁴ Al di là di ogni considerazione, appare opportuno osservare come il terzo, sia esso lo Stato o un'impresa, difficilmente potrebbe, se il ricorso fosse considerato ricevibile e fondato, far sì che l'aiuto fosse restituito. Il decorso del notevole lasso di tempo fra la notifica della lettera-decisione allo Stato che fosse parte della procedura e la pubblicazione di essa determinerebbe l'insorgere di una situazione di legittimo affidamento in questi e nelle imprese interessate. L'opera di O. MONTALTO - P. MEDINA PALOMINO, *Aides d'Etat*, cit. *supra*, nota 2, affronta ampiamente il tema. Circa la prassi della pubblicazione, introdotta dal 1990 da parte della Commissione, va ricordato, per completezza, come essa emani anche comunicati stampa relativamente ai più importanti casi trattati onde assicurare la massima trasparenza all'azione amministrativa. Sul punto cfr. *amplius* le *Relazioni Annuali*.

⁴⁵ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1986 in causa n. 59/84, *Tezi Textiels c. Commissione*, in *Raccolta*, 1986, p. 887 ss.; si segnalano in particolare le conclusioni dell'Avvocato Generale P. Verloren van Theemat nonché la sentenza del Tribunale di primo grado del 24 gennaio 1995 in causa n. T-5/93, *Tremblay c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 188 ss. Va osservato come la giurisprudenza del Tribunale sia orientata nel senso di ritenere sufficiente una motivazione alla luce della sua adozione e delle norme che disciplinano la materia. Così sentenza del 18 settembre 1995 in causa n. T-548/93, *Ladbroke c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 2565 ss.; sentenza del 29 febbraio 1996 in causa n. C-122/94, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 881 ss., punto 29 della motivazione, ove espressamente si fa riferimento all'obiettivo essenziale perseguito dall'istituzione quale scopo della motivazione; nonché sentenza del 29 febbraio 1996 in causa n. C-56/93, *Belgio c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 723 ss., punti 86-89 della motivazione; oltre alla ampiamente richiamata *Sytraval*, cit. *supra*, nota 33.

⁴⁶ Su questa problematica vedi *amplius* il paragrafo successivo.

esecuzione di progetti di aiuti poteva derivare un pregiudizio per lo Stato ricorrente⁴⁷.

Una maggiore apertura verso i terzi può ricavarsi dal recente orientamento giurisprudenziale che ricostruisce il ruolo di questi ultimi nel procedimento ricollegandolo all'esaustività e completezza del controllo esercitato dalla Commissione e che si evidenzierà nella completezza della motivazione⁴⁸. La giurisprudenza ha provveduto inizialmente al riconoscimento della legittimazione ad impugnare in capo a terzi che potevano far valere situazioni soggettive meritevoli di tutela pur in assenza di espresse garanzie procedurali⁴⁹, mentre alla luce del principio di buona amministrazione, riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali all'art. 41, sembrerebbe potersi ricostruire una piena legittimazione finanche per il terzo non denunciante⁵⁰. Se a tale principio si riconosce il valore di diritto fondamentale potrà ricostruirsi una legittimazione dell'*amicus curiae*, alla luce del principio di effettività dell'obbligo di buona amministrazione⁵¹, ed è appena il caso di sottolineare che in questa ipotesi ricostruttiva la legittimazione dei terzi sussiste al di là dei canoni tradizionali, fondando l'interesse ad impugnare proprio sul sufficiente interesse alla diligenza ed imparzialità dell'azione amministrativa⁵².

Se l'analisi del progetto di aiuto, finalizzata alla tutela di un interesse generale e superiore a quello dei singoli Stati è affidata alla Commissione, con la naturale applicazione del parametro rigidamente fissato dall'art. 87 CE, le preoccupazioni manifestate e sottolineate dall'Avvocato Generale Slynn nelle conclusioni della causa *Commissione c. Germania* ben difficilmente potranno prendere consistenza nella realtà⁵³. La discrezionalità, che pure caratterizza l'attività della Commissione, come da più parti rilevato, è comunque limitata

⁴⁷ Cfr. sentenza del 30 giugno 1992 in causa n. C-312/90, *Spagna c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4117 ss. punto 22 e, della stessa data, in causa n. C-47/91, *Italia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4145 ss., punto 28.

⁴⁸ Sul punto si richiama la sentenza *Technische Universität München*, *cit. supra*, nota 18.

⁴⁹ È quanto avviene già con la sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995 in causa n. T-167/94, *Nölle*, *cit. supra*, nota 18, dove la violazione del principio di sollecitudine da parte della Commissione legittimerebbe il terzo ad agire pur in assenza di espresse garanzie procedurali.

⁵⁰ Un'interessante disamina dell'evoluzione giurisprudenziale sulla legittimazione dei terzi può ricavarsi dal contributo di V. RAPELLI, *In margine alla sentenza max.mobil Telekommunikation Service: il diritto all'esame diligente delle denunce*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 235.

⁵¹ Spunti in tal senso si ricavano dalla sentenza del Tribunale di primo grado del 30 gennaio 2002 in causa n. T-54/99, *max.mobil Telekommunikation Service c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 313 ss. e in questa *Rivista*, 2003, p. 277 con commento di M. MICHELETTI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: interpretazione per principi generali e pluralismo giuridico*, p. 281 ss.

⁵² La nozione di parte «sufficientemente interessata», più ampia – come si intuisce – di quella di soggetto direttamente e individualmente riguardato dall'atto può ricavarsi proprio dalla più volte richiamata sentenza *Nölle*, al punto 76 della motivazione.

⁵³ Si tratta della sentenza del 20 marzo 1984 in causa n. 84/82, *Germania c. Commissione*, già più volte richiamata.

dallo stesso disposto testuale dell'art. 88, n. 3, CE che impone a quest'ultima l'obbligo di dare inizio alla fase istruttoria dell'esame, ricollegandolo però alla necessaria convinzione «(...) che il progetto non sia compatibile col Mercato Comune (...)», o almeno al permanere di forti dubbi in ordine a tale compatibilità⁵⁴. Sul punto l'architettura del regolamento relativamente a questa fase è nel senso di confermare tale impostazione.

4. I terzi nella fase formale

Già in precedenza si è rilevato come i terzi interessati possano considerarsi *amici curiae* poiché il loro intervento è funzionale al migliore svolgimento dei compiti della Commissione. Se si considera che il controllo viene svolto non nell'interesse del denunciante, che potrebbe anche non esservi, o di un controinteressato, giacché come ribadito sopra (vedi n. 3) costoro non possono considerarsi parti sostanziali, ma della stessa Comunità, può comprendersi l'interpretazione proposta dalla Corte di giustizia. Alla base c'è un'esigenza generale di certezza da garantire e ciò richiede sia che la Commissione, senza indugi, formuli ed esprima le proprie valutazioni, sia che questa attività venga svolta in maniera completa ed esaustiva.

È proprio quest'ultima esigenza a rendere necessaria l'attenta considerazione delle osservazioni che gli Stati e gli eventuali altri controinteressati producano. Ed è in quest'ottica che va letto non solo il carattere aperto della seconda fase della procedura, quale viene a delinearsi alla luce dell'art. 6, n. 1, e 2. Viene a ridisegnarsi in questa prospettiva il rinvio del rispetto del contraddittorio, che viene osservato consentendo allo Stato interessato di contraddurre alle osservazioni dei terzi, e si riesce meglio ad inquadrare anche la posizione dello Stato considerato⁵⁵. La rigorosa applicazione delle disposizioni procedurali ricavabili dal regolamento, suffragata dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia intervenuta in precedenza, si giustifica con la necessità di consentire alla Commissione di svolgere i propri compiti⁵⁶.

⁵⁴ Oltre alle già citate sentenze della Corte di giustizia in cause n. 84/82, *Germania c. Commissione*, cit. supra, nota 29, e cause riunite n. 91 e n. 127/83, *Heineken*, cit. supra, nota 29, vedi la più recente sentenza del 15 giugno 1993 in causa n. C-225/91, *Matra c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3203 ss.

⁵⁵ Il terzo interveniente è stato qualificato *amicus curiae*. Ne viene di conseguenza che le informazioni da esso offerte vanno valutate in contraddittorio con lo Stato interessato, qualora però esse servano solo ad avvalorare conclusioni cui la Commissione sia già pervenuta, quest'ultima non è tenuta a valutarle in contraddittorio per emanare la decisione.

In tal senso si può argomentare dalle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale C. Lenz nella causa n. 40/85, *Belgio c. Commissione*, in *Raccolta*, 1986, p. 2321 ss.

⁵⁶ Al contrario di quanto accade in tema di concorrenza, ove il regolamento n. 17/62 oltre a specificare il dovere di cooperazione di cui all'art. 10 CE attribuisce alla Commissione poteri di tipo "inquisitorio", il regolamento n. 659/1999, né all'art. 5 né all'art. 6 e neppure all'art. 10, n. 2, prevede un sistema analogo. V'è infatti la sola possibilità di intimare allo Stato interessato di

I vari momenti della fase istruttoria assumono, allora, un carattere prodromico e, nello stesso tempo, necessario alla salvaguardia dell'interesse generale della Comunità⁵⁷. È indubbio che i terzi mirino, intervenendo nella procedura, alla tutela dei propri interessi, ma ciò avviene in una posizione mediata, indiretta, comunque funzionale o coincidente con l'interesse della Comunità. Tuttavia non vi sono dubbi che, una volta aperta la procedura, essi debbano poter presentare le proprie osservazioni e, quindi, almeno sotto questo profilo, non può non riconoscersi rilievo diretto quantomeno al diritto a presentare osservazioni, ex artt. 6 e 20, n. 1, del regolamento n. 659/1999, pur in assenza di previsioni analoghe a quelle contenute nell'art. 19 del regolamento n. 1/2003⁵⁸.

Segue: Esigenze partecipative e legittimazione ad impugnare

Il punto richiede di essere approfondito giacché il fatto che uno Stato, un'impresa od un'associazione di imprese, in sintesi un interessato, abbia effettuato un intervento nella procedura ex art. 6, n. 1, non è senza conseguenze. La decisione della Commissione con cui si conclude la procedura di esame è una decisione in senso tecnico, vale a dire un atto rientrante nella classificazione di cui all'art. 249 del CE, come tale suscettibile di ricorso ex art. 230 CE⁵⁹. Se non vi sono dubbi circa la legittimazione attiva dello Stato direttamente riguardato dalla decisione, in quanto destinatario della stessa, possono insorgere non pochi problemi circa l'individuazione di altri soggetti legittima-

fornire le informazioni necessarie per l'istruttoria (artt. 5 e 10, n. 2) o di invitare lo Stato e gli altri interessati a formulare osservazioni (art. 6). La conseguenza della mancata risposta sarà quella derivante dall'applicazione dell'art. 5, n. 3, sì che la notifica si avrà per ritirata mentre ai sensi dell'art. 10, n. 3, la mera ingiunzione di fornire informazioni, seguita dall'inerzia dello Stato direttamente interessato, determinerà l'attenuazione dell'obbligo di motivazione della decisione da parte della Commissione. Si riduce così la possibilità di esperire con successo il ricorso alla giurisdizione comunitaria.

⁵⁷ La Commissione è tenuta a motivare l'atto di chiusura della procedura ai sensi dell'art. 253 CE. Tale motivazione dovrà fondarsi su tutto ciò che la Commissione prende in considerazione nel corso della procedura di esame. Ne viene di conseguenza che quanto più ampia sarà la collaborazione dello Stato nel fornire elementi utili all'attività amministrativa comunitaria nell'ambito del controllo che la stessa esplica, tanto più completa dovrà essere la motivazione dell'atto, tanto più ampia sarà la possibilità di ottenere un controllo giurisdizionale sulle modalità di applicazione del diritto comunitario da parte della Commissione. Per la recente giurisprudenza sul punto si rinvia alla precedente nota 47.

⁵⁸ È opportuno chiedersi anche se ai terzi, allorché siano intervenuti nella procedura ed abbiano presentato osservazioni, possano richiedersi ulteriori informazioni o, comunque, la produzione di elementi e dati in loro possesso. Alla luce della carenza di una normativa di attuazione che circoscriva e definisca i poteri della Commissione, non sembra che possa configurarsi un dovere a carico dei terzi di fornire informazioni supplementari. L'unica norma sulla quale potrebbe fondarsi un dovere in tal senso sarebbe individuabile nell'art. 10 che, però, nella sua formulazione generica impone soltanto un dovere generale di cooperazione.

⁵⁹ G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione*, cit. supra, nota 1.

ti. A tale proposito va rilevato come, alla luce di quanto avviene per le decisioni assunte ex artt. 81 e 82 CE, si sia venuto sviluppando anche in relazione agli aiuti un *trend* giurisprudenziale volto ad ampliare le categorie di soggetti legittimati a ricorrere, con qualche temperamento ricollegantesi alle peculiarità proprie della materia *de qua*. È stata ritenuta necessaria la sussistenza di particolari condizioni di fatto atte ad individuare coloro i quali, seppur diversi dal destinatario dell'atto, possono vedersi riconosciuta la legittimazione a ricorrere.

Antecedentemente al regolamento n. 659/1999 la giurisprudenza si è orientata, ad esempio, nel senso di includere fra tali condizioni la partecipazione alla procedura di cui all'art. 88, n. 2, CE, anche se essa ha poi chiarito la sua opinione ribadendo la necessità della presenza di un interesse diretto ed individuale con onere della prova a carico del ricorrente⁶⁰. Nell'ambito di un'ulteriore specificazione fra i terzi legittimati sono state individuate le imprese concorrenti dei possibili beneficiari e le organizzazioni professionali⁶¹. Questi ampliamenti, queste specificazioni non fanno che confermare l'obiettivo di tutela dell'interesse della Comunità perseguito attraverso l'intervento dei terzi: ciò è ancor più vero alla luce dell'attuale configurazione dell'amministrazione comunitaria.

Nella materia disciplinata dagli artt. 87-89 CE la necessità che il terzo possa esperire un ricorso in carenza ex art. 232 CE è alquanto limitata. Resterebbe, infatti, insoddisfatta l'esigenza di un interesse diretto e personale del terzo, privato o impresa, come presupposto della legittimazione. Nondimeno deve considerarsi la possibilità che un siffatto ricorso sia esperito dal terzo avverso la lettera-decisione con la quale viene riconosciuta, a conclusione della fase preliminare di esame, la compatibilità di un aiuto statale col Mercato Comune giacché non sembra che tali lettere rientrino nel novero delle decisioni la cui pubblicazione è obbligatoria ai sensi dell'art. 26, n. 1.

L'impresa concorrente del futuro beneficiario dell'aiuto, onde conoscere la motivazione della decisione, dovrebbe richiedere sempre ai sensi dell'art. 26 del regolamento, una copia del testo integrale della stessa e, ove tale richiesta restasse senza esito, potrebbe esperire il ricorso ex art. 232 CE⁶²,

⁶⁰ Sentenze del 28 gennaio 1986 in causa n. 169/84, *Cofaz c. Commissione*, cit. supra, nota 41 e del 19 maggio 1993 in causa n. C-198/91, *Cook c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2487 ss. Il Tribunale è orientato a considerare come rilevante anche il fatto che il terzo appartenga alla ristretta cerchia di fabbricanti di un determinato prodotto, simile a quello dei beneficiari dell'aiuto, sì che ricorrerebbero elementi atti a caratterizzarlo in maniera particolare. In tal senso le sentenze in causa n. T-435/93, *ASPEC*, e in causa n. T-442/93, *AAC*, entrambe già cit. supra, nota 41.

⁶¹ Cfr. sentenze del 15 giugno 1993 in causa n. C-225/91, *Matra c. Commissione*, cit. supra, nota 54 e del 24 gennaio 1995 in causa n. T-114/92, *Bemim c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 147 ss.; *contra* però le conclusioni dell'Avvocato Generale C. O. Lenz nelle cause riunite n. 62/87 e n. 72/87 *Executif Régional Wallon c. Commissione*, in *Raccolta*, 1988, p. 1573 ss.

⁶² Un esplicito rifiuto della Commissione ad avviso di parte della dottrina potrebbe dar luogo anche ad un ricorso di annullamento ex art. 230 CE o avverso la decisione di rifiuto o avverso

mentre, in ipotesi di rifiuto espresso, potrebbe impugnarlo ex art. 230 CE⁶³.

Svincolandosi la legittimazione del terzo da un vero e proprio interesse individualizzato e rafforzandosi il ruolo di *amicus curiae* in un'ottica di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali), la categoria degli interessati si amplia giacché se essi risultano portatori di questo interesse "sufficiente" – per dirla con la giurisprudenza – non potrà negarsi la loro legittimazione in una prospettiva di effettività.

5. I terzi dinanzi ai giudici nazionali

Proprio tali ultime considerazioni inducono ad esaminare brevemente la legittimazione dei terzi dinanzi al giudice nazionale giacché un profilo su cui il regolamento non offre indicazioni è quello del raccordo fra la procedura da esso dettata e i rimedi di diritto interno. È questo un tema che si riconnette principalmente all'applicazione del par. 3, ultimo alinea, dell'art. 88 CE che è norma chiara, precisa e incondizionata nel suo tenore testuale e, pertanto, applicabile dai giudici nazionali.

È evidente che, in caso di erogazione di aiuto non notificato oppure esaminato dalla Commissione e dichiarato incompatibile col mercato, il soggetto che dovesse subire un pregiudizio da tale operazione potrà esperire rimedi giurisdizionali di diritto interno per far accertare la violazione del diritto comunitario.

Occorre sgombrare il campo da ogni dubbio circa la possibilità che, parallelamente alla procedura di esame di compatibilità dell'aiuto a livello comunitario possa svolgersi una procedura dinanzi al Giudice nazionale volta a far accertare la violazione dell'obbligo di *standstill* di cui all'art. 88 CE, giacché non v'è alcuna disposizione – né nel regolamento né in atti precedenti – che imponga di sospendere le procedure eventualmente avviate a livello statale. Ciò non deve meravigliare perché è la naturale conseguenza del carattere *self executing* della norma comunitaria.

Nel silenzio del regolamento occorre aver riguardo all'ausilio che la stessa Commissione offrì all'interprete con la *Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato*⁶⁴.

quella autorizzativa dell'aiuto per difetto di motivazione di quest'ultima. Sul punto cfr. O. MONTALTO - P. MEDINA PALOMINO, *Aides d'Etat*, cit. *supra*, nota 2.

⁶³ In dottrina è stata anche sostenuta la possibilità di impugnare la decisione autorizzativa dell'aiuto per difetto di motivazione. In tal senso O. MONTALTO - P. MEDINA PALOMINO, *Aides d'Etat*, loc. cit.

⁶⁴ In *Guce* n. C 312 del 23 novembre 1995, p. 8.

In essa non viene affatto esclusa la coesistenza di procedure nazionali e comunitarie e di ciò se ne ha una conferma indiretta dalla previsione dell'esclusivo potere della Commissione di dichiarare la compatibilità dell'aiuto. Del resto è ben possibile che il giudice nazionale intervenga per sindacare la legittimità non dell'aiuto ma dell'atto interno di attuazione dell'aiuto non notificato che – in quanto sussista il *prius* rappresentato dall'aiuto nella nozione dell'art. 87 CE – sarà sicuramente illegittimo perché non notificato.

Le conseguenze di tale sindacato – una volta accertata la presenza nella fattispecie concreta di un aiuto rientrante nella nozione dell'art. 87 CE – determinerà l'esercizio, da parte del giudice nazionale, di tutti i poteri atti a rendere effettiva l'applicazione del diritto comunitario. La Comunicazione sul punto è esaustiva giacché evidenzia l'ampiezza dei poteri di quest'ultimo che potranno estendersi fino alla disapplicazione della legge interna contrastante con l'art. 87 CE, ove l'aiuto fosse erogato con legge, mentre – in altri casi – potrà disporre misure cautelari giungendo finanche a disapplicare le norme interne ove queste ultime fossero di ostacolo all'applicazione delle norme comunitarie⁶⁵.

L'impressione che si ricava è quella di un sistema che, nel raccordo Commissione-giudici nazionali, si preoccupa di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni riconosciute dal diritto comunitario su un piano di parità rispetto a quelle interne e – in ogni caso e al di là dell'efficacia diretta – ad apprestare strumenti di tutela efficace. Una tutela che comunque si va a riconnettere al riconoscimento, in capo a chi intende azionarla, di una situazione giuridica ben definita e di cui quest'ultimo abbia la titolarità. E se alla luce della Comunicazione e degli effetti che la sua applicazione comporta la tutela giurisdizionale nazionale potrebbe addirittura apparire più ampia essa suscita, proprio riguardo al raccordo Commissione-giudici nazionali, non pochi interrogativi.

La nozione di terzo che può ricavarsi dal regolamento è particolarmente ampia ed è in ciò coerente con il fine di trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, mentre non può dirsi la stessa cosa per ciò che riguarda la legittimazione dei terzi dinanzi alle giurisdizioni nazionali e ciò risponde ad una *ratio* precisa. Nella procedura disciplinata dal regolamento si è evidenziato che il terzo assume il ruolo di *amicus curiae* sì che la sua partecipazione alla procedura si svincola dalla titolarità di un interesse individualizzato, mentre non può dirsi la stessa cosa per la legittimazione ad agire dinanzi alle autorità giudiziarie siano esse ordinarie o amministrative, che invece va a ricollegarsi – negli ordinamenti interni – proprio alla titolarità di situazioni

⁶⁵ Punto 10 della Comunicazione, ove in nota si richiama per il primo profilo la sentenza 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss., mentre per il secondo profilo cfr. il successivo punto 11 ove viene richiamata la sentenza 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, *Factortame*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2433 ss.

giuridiche individualizzate. Ciò è coerente con la stessa struttura procedurale e con la sua finalizzazione al perseguimento di un determinato obiettivo che è diverso nel regolamento e nei sistemi di controllo giurisdizionale nazionale. Ed una tale prospettazione si spiega alla luce del disposto testuale della Comunicazione che si è richiamata e che ricollega l'esperibilità dei rimedi di ricorso interno, in presenza di violazione delle norme comunitarie, «(...) alle stesse condizioni che si applicano nel caso di violazioni del diritto nazionale corrispondenti (...)»⁶⁶.

È allora evidente che se la categoria dei legittimati ad agire dinanzi alle giurisdizioni nazionali appare più circoscritta rispetto a quella risultante dall'art. 20 del regolamento in esame – perché non è funzionale all'attuazione del principio di buona amministrazione ma si riconnette alla titolarità di situazioni individuali – è altrettanto chiaro che la tutela di diritto interno appare più ampia quanto ai contenuti giacché è ben possibile richiedere ed ottenere una tutela congiunta di situazioni giuridiche di matrice nazionale e comunitaria⁶⁷.

6. I terzi in altre procedure in materia di concorrenza: una comparazione

Le considerazioni appena svolte rendono necessario un confronto con quanto stabilito nella materia della concorrenza. Anzitutto il regolamento n. 17/62 – di recente modificato dal regolamento n. 1/2003 – che all'art. 19 (audizione degli interessati e dei terzi) fa riferimento alle «(...) imprese e associazioni e imprese interessate (...)» e, più dettagliatamente, a «(...) ogni persona fisica o giuridica o associazione sprovvista di personalità giuridica (...)» dando ad esse la possibilità «(...) di essere sentite, dimostrando di avervi un interesse (...)»⁶⁸. L'art. 18 del regolamento n. 4064/89 sul controllo delle concentrazioni reca una disposizione simile, nella quale si ammette la possibilità che intervengano nella procedura di controllo coloro «(...) che dimostrino un sufficiente interesse (...)», comprendendo nella categoria anche

⁶⁶ Cfr. il punto 12 della Comunicazione.

⁶⁷ Nella Comunicazione al punto 10 v'è un passaggio ove si accenna in maniera esplicita alla possibilità di ottenere anche sulla scorta dei principi elaborati dalla Corte di giustizia il risarcimento dei danni. È quest'ultima una problematica interessante che nei suoi molteplici aspetti – ad esempio l'individuazione del legittimato passivo dell'eventuale azione risarcitoria, se lo Stato o l'eventuale beneficiario dell'aiuto – fa molto discutere la dottrina. Per un'ampia disamina si rinvia a P. RUSSO, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 225 ss.

⁶⁸ Cfr. la più volte richiamata sentenza in causa n. 84/82, *Germania c. Commissione*, cit. supra, nota 29.

«(...) i membri di organizzazioni di direzione delle imprese interessate, nonché rappresentanti riconosciuti dei lavoratori delle medesime (...)»⁶⁹.

Il disposto dell'art. 20 del regolamento n. 659/1999, nei suoi paragrafi, non definisce la categoria di terzi in maniera così precisa, facendo un mero riferimento alla nozione di interessato. Il successivo regolamento n. 1/2003 – che modifica il regolamento n. 17/62 – prevede all'art. 19 la possibilità che la Commissione senta «(...) ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine (...)».

Se solo si pone a confronto quest'ultima disposizione con quella dell'art. 20 del regolamento n. 659/1999 e con quelle dell'art. 19 del regolamento n. 17/62 e dell'art. 18 del regolamento n. 4064/989, ci si avvede come la classificazione del terzo legittimato ad intervenire avvenga sulla base di criteri testualmente determinati dal legislatore comunitario. Le due norme da ultimo richiamate, infatti, circoscrivono la categoria dei terzi, riferendosi ad un «interesse legittimo» del terzo, alla sussistenza di un «sufficiente interesse», sempre che non si rientri nelle categorie espresse specificamente individuate, nel qual caso si ritiene che possa parlarsi di un diritto perfetto ad essere ascoltati⁷⁰, mentre le più recenti disposizioni definiscono il terzo in maniera generica. Può ipotizzarsi che tale assenza definitoria trovi giustificazione nel recepimento di quel *trend* ricostruttivo della *governance* comunitaria ispirata alla prassi giurisprudenziale, tendente all'ampliamento della categoria dei terzi legittimati⁷¹. Quest'ultima ha ancora una volta giocato un ruolo rilevante. Il Tribunale di primo grado ha infatti sottolineato come, pur in presenza di una decisione che non li riguardi direttamente ed individualmente, il fatto che i terzi abbiano chiesto di essere ascoltati nella procedura amministrativa fa sì che gli stessi possano utilmente esperire il rimedio giurisdizionale, onde ottenere l'accertamento dell'avvenuta violazione delle garanzie procedurali sancite dal diritto comunitario che essi asseriscono sarebbero state disattese⁷². E, allorché abbiano presentato una denuncia, pur in assenza di espresse ga-

⁶⁹ *Cit. supra*, nota 17. È interessante la recente produzione giurisprudenziale per la quale si rinvia alla precedente nota 61.

⁷⁰ M. ANTONIOLI, *Commento agli artt. 4, 5, 6, 7, 10, 18, 20, 23, 24, 25 del regolamento (Cee) n. 4064/89, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1991, IV, p. 1193 ss.

⁷¹ È un tema che postula la necessaria configurazione del procedimento quale luogo di confronto fra amministrazione e privati garantendo, attraverso la partecipazione, la trasparenza e l'efficienza dell'azione amministrativa. Per questi profili, oltre al già richiamato articolo di C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso*, *cit. supra*, nota 24 si veda anche F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651 ss.; M. P. CHITI, *Il caso Alitalia e il deficit amministrativo*, *cit. supra*, nota 23.

⁷² Così la sentenza del Tribunale di primo grado del 27 aprile 1995 in causa n. T-12/93, *Cce Vittel c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 1247 ss., punto 59, nonché, della stessa data, in causa n. T-96/92, *Cce de la Société Generale des Grandes Sources c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 1213 ss.

ranzie procedurali, possono utilmente rivolgersi al Tribunale a garanzia del diligente trattamento dell'istanza⁷³.

Se è vero che in questo tipo di procedura il ruolo attribuito ai terzi è quello che ad essi assegna il regolamento n. 659/1999 ex artt. 6 e 20, n. 2, bisogna nel contempo riconoscere che la presentazione delle osservazioni vincola la Commissione al solo esame delle stesse. Esse, come già si è sottolineato, devono esser valutate in contraddittorio con lo Stato "imputato" ai sensi dell'art. 6, n. 2, attraverso un vero e proprio gioco di botta e risposta fra quest'ultimo e i controinteressati, anche se gli intervenienti non potranno, ovviamente, accedere agli atti acquisiti dalla Commissione nel corso della fase preliminare⁷⁴. Mentre il n. 2 dell'art. 6 a tutela dell'interveniente espressamente prevede la possibilità per quest'ultimo di non disvelare la propria identità e fa sì che si superi il problema di garantire la riservatezza e di accettarne l'ausilio ai fini di tutela dell'interesse della Comunità, il n. 2 dell'art. 6 espressamente prevede la possibilità per l'interveniente di non disvelare la propria identità.

Si supera, con l'espressa previsione del dovere di riservatezza contenuta nell'art. 24 del regolamento n. 659/1999, il problema applicativo costituendo quest'ultima disposizione una mera specificazione di quanto statuito dall'art. 287 CE. Ne viene la conferma della peculiare struttura del contraddittorio nell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato, giacché esso – anche alla luce del regolamento – appare finalizzato alla sola ricostruzione dell'interesse della Comunità in luogo di strutturarsi come un confronto fra interessi privati contrapposti e si spiega così anche la mancata definizione della categoria di terzi, rispetto a quanto accade negli altri regolamenti esaminati: nel settore degli aiuti occorre funzionalizzare l'intervento dei terzi all'interesse perseguito dalla Comunità, un po' come avviene nella materia della concorrenza con la previsione dell'art. 19 del regolamento n. 1/2003.

Trova così soluzione, nell'alveo del regolamento, anche il problema del rapporto fra diritto alla difesa e dovere di riservatezza ed è appena il caso di ricordare che si tratta di principi che nell'ordinamento comunitario rivestono pari rango e che, in qualche caso, hanno condotto anche ad operare una pon-

⁷³ Come riconosciuto espressamente nella sentenza del Tribunale di primo grado 30 gennaio 2002 in causa n. T-54/99, *max.mobil Telekommunikation Services c. Commissione*, cit. *supra*, nota 51. Per questa via si assiste al superamento della prospettiva ricostruttiva precedente che ancorava la legittimazione dei terzi denunciati quali direttamente e individualmente destinatari dell'atto impugnato, come può evincersi dalla sentenza del Tribunale di primo grado del 15 settembre 1998 in causa n. T-95/96, cit. *supra*, nota 33.

⁷⁴ Nella stessa procedura relativa alla materia della concorrenza, dove pure una completa prassi applicativa non manca, si sono posti problemi relativi alla completezza della comunicazione degli addebiti ed alla possibilità di conoscere il contenuto preciso dei fascicoli istruttori della Commissione. Su questo problema interessanti spunti possono ricavarsi dalle conclusioni dell'Avvocato Generale P. Verloren van Theemat nelle cause riunite n. 43/82 e n. 63/82, *Vbvb e Vbbb c. Commissione*, in *Raccolta*, 1984, p. 19 ss. nonché da quelle dell'Avvocato Generale C. O. Lorenz nella causa n. 62/86, *Akzo II c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 3359 ss. Interessanti sono altresì le argomentazioni contenute nella sentenza in causa n. T-7/89, *Hercules c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, II, p. 1711 ss.

derazione fra artt. 87 ss. CE e art. 287 CE quando non poteva altrimenti procedersi all'applicazione delle norme sugli aiuti⁷⁵.

7. Le questioni interpretative sul ruolo dei terzi ancora irrisolte

Le osservazioni fin qui svolte pongono in evidenza lo sforzo chiarificatore del legislatore comunitario a fronte della prassi che si era venuta consolidando *in subiecta materia* ed all'esigenza, fino a pochi anni or sono non adeguatamente soddisfatta, di tutela del legittimo affidamento che l'attività della Commissione fa sorgere in capo ai destinatari della stessa fra i quali, almeno in senso lato, vanno ricompresi anche i terzi.

All'intensificarsi del controllo e dell'ampliamento dei poteri si è accompagnato lo sviluppo di una prassi notevole che costituisce un interessante *corpus* di regole in gran parte non intaccate dall'entrata in vigore del regolamento n. 659/1999⁷⁶.

In questo quadro si comprende come l'intervento chiarificatore costituito dal regolamento del 1999 ha risolto non pochi problemi sia quanto alla tutela dei terzi che quanto all'effettivo ruolo da essi esplicato nella procedura. Esso è ampiamente recettivo della prassi precedente, disciplinando pressoché ogni aspetto applicativo-procedurale di una materia che aveva avuto soltanto nella casistica una soluzione ai problemi che insorgevano e che si era concretizzata in interventi di precisazione delle disposizioni del Trattato da parte della Corte. I poteri di controllo della Commissione escono indubbiamente circoscritti dalla disciplina contenuta nel regolamento anche se, almeno sotto alcuni profili, devono considerarsi ampliati: l'aver previsto espressamente una rosa di rimedi cautelari o l'aver esteso i poteri di indagine quantomeno nel controllo – in sede di erogazione degli aiuti autorizzati – contribuisce indubbiamente a rendere più trasparente l'azione amministrativa comunitaria.

Se non poche nozioni acquisiscono connotati più certi, quali non risulterebbero dalla mera casistica, resta da un lato il problema della connotazione degli interessati, giacché la categoria non riceve una precisa delimitazione, neppure nel capo VI ad essi dedicato e, nel contempo, resta fermo il problema

⁷⁵ Può argomentarsi in tal senso dalle conclusioni dell'Avvocato Generale C. O. Lenz in causa n. 53/85, *Akzo I*, in *Raccolta*, 1986, p. 1965 ss. nonché in quelle dello stesso Avvocato Generale in causa n. 62/86, *Akzo II*, *cit. supra*, nota 74.

⁷⁶ Sulla portata degli effetti delle autolimitazioni per l'amministrazione nazionale si è ampiamente discusso sia nella dottrina italiana che in quella francese, con riguardo a temi generali e a temi specifici. Per tutti S. CASSESE, *Giudice Amministrativo e Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1987, p. 117 ss.; P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 509 ss.; M. CLIQUENNOIS, *Que reste-t-il des directives?*, in *L'actualité juridique. Droit Administratif*, 1992, p. 3 ss. Le comunicazioni possono essere riguardate sotto il diverso angolo visuale dell'effetto pratico, sull'attività dello stesso organo emanante, delle *guidelines* in esso contenute, che determinerebbe una sorta di autolimitazione da parte della Commissione.

dell'impossibilità per i terzi di partecipare alla fase preliminare che incide non poco sulla tutela della loro posizione. Ed è una questione tutt'altro che teorica se si considera che il Comitato economico e sociale, nel suo parere relativo alla proposta che è poi divenuta Regolamento, presentata dalla Commissione, aveva sollevato il problema correlativo. Un problema che – nella ricostruzione di una *governance* comunitaria fondata su un'istanza partecipativa non solo degli Stati membri ma dei cittadini degli stessi – si pone con sempre maggiore intensità. Il *trend* è verso l'acquisizione di informazioni utili all'esercizio dell'azione amministrativa ed alla sua trasparenza.

In questo quadro gli *amici curiae* possono giocare un ruolo di primo piano anche quale argine alla discrezionalità amministrativa alla luce dell'ampiezza ad essa riconosciuta in questa materia. Che sia opportuno tener conto di questi nuovi equilibri propri dell'amministrazione comunitaria è innegabile sol che si consideri il rilievo che ha acquisito il principio contenuto nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali e la previsione, in materia diversa ma affine, di un pieno riconoscimento del contributo che questi ultimi potrebbero offrire.

È qui opportuno un rilievo critico: il contributo che i terzi avrebbero potuto offrire anche nella fase preliminare, onde ricostruire in termini più rapidi l'interesse comunitario e così valutare la misura statale oggetto di indagine, lungi dall'appesantire la procedura, avrebbe potuto determinare una riduzione della discrezionalità amministrativa che la giurisprudenza – anche quella più "tradizionalista" – riconosce alla Commissione e nel contempo avrebbe determinato un duplice vantaggio⁷⁷: da un lato una più rapida e completa formazione del convincimento della Commissione e dall'altro la possibilità per lo Stato di conoscere in tempi brevi l'avviso della Commissione potendo orientarsi così sui tempi in cui dar corso alla progettata misura di politica industriale.

Un problema che ancora resta irrisolto e che vedrà sicuramente una soluzione casistica, con tutti i dubbi e le incertezze che ne deriveranno, è quello di una più precisa definizione della categoria dei terzi di cui all'art. 20 che, nel suo disposto testuale sembrerebbe addirittura prevedere due categorie di terzi: quella del n. 2 e quella del n. 3. E la stessa disposizione non offre dal punto di vista pratico soluzioni soddisfacenti sotto il profilo della tutela con riguardo al caso in cui la procedura si concluda con la sola fase preliminare in cui il terzo non può partecipare. Se essa si conclude con la mera archiviazione, il terzo potrà richiedere la copia della decisione ex art. 4 oppure attendere la pubblicazione della stessa in forma succinta e richiedere poi la copia integrale alla Commissione con costituzione in mora di quest'ultima. E la risposta si riverbera necessariamente sulla scelta del rimedio giurisdizionale che risulterebbe esperibile.

⁷⁷ A. SINNAEVE - P. J. SLOT, *The new regulation*, cit. supra, nota 28.

Pur con tutti i limiti della soluzione casistica che i "silenzi" del legislatore comunitario lasciano in materia, va riconosciuto al regolamento n. 659/1999 quantomeno il merito di aver fatto chiarezza sulle regole procedurali e di aver abbozzato una definizione di terzo con conseguente riconoscimento di circoscritte garanzie procedurali. Le incertezze permangono, ma comunque rispetto al passato si è elaborato un *corpus* di regole procedurali che, per gli aspetti disciplinati, ha contribuito a soddisfare l'esigenza di certezza del diritto in modo più efficace che non la consolidata prassi in precedenza seguita.

Salvatore Guzzi*

* Dottore di Ricerca presso l'Università di Napoli - Federico II.

DOCUMENTAZIONE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 4-5 novembre 2004*

1. Il Consiglio europeo ha dibattuto in particolare quanto segue:
 - la preparazione della revisione intermedia della strategia di Lisbona;
 - uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia: il programma dell'Aia;
 - comunicare l'Europa.

Ha inoltre avuto colloqui con il Primo Ministro dell'Iraq, signor Allawi.

2. La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da un'esposizione del presidente del Parlamento europeo, signor Josep Borrell, cui ha fatto seguito uno scambio di opinioni.

3. Il Consiglio europeo ha preso nota dell'esito del dibattito del Parlamento europeo sull'investitura della Commissione designata. Ha accolto con favore il nuovo elenco dei membri designati della Commissione presentato dal presidente designato, signor José Manuel Barroso. Di concerto con il presidente designato, il Consiglio ha adottato l'elenco. Il Consiglio europeo ha espresso l'auspicio che questa Commissione possa essere approvata e possa entrare in carica quanto prima possibile.

4. Il Consiglio europeo ha preso atto con profonda soddisfazione che il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è stato solennemente firmato a Roma il 29 ottobre 2004 a nome di tutti gli Stati membri.

I. Strategia di Lisbona: prepararsi alla revisione intermedia

5. Il Consiglio europeo ha confermato la validità e la rilevanza del processo che ha avviato a Lisbona nel marzo 2000, inteso ad accrescere sostanzialmente la competitività delle economie europee mediante una strategia equilibrata con una dimensione economica, sociale e ambientale. Ha incoraggiato il Consiglio a sfruttare i progressi ottenuti successivamente alla riunione di primavera ed a mantenere lo slancio impresso ai suoi lavori. Ha ribadito l'importanza dell'attuazione delle misure conve-

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet http://europa.eu.int/european_council/websites/index_it.htm (n.d.r.).

nute dagli Stati membri.

6. Il Consiglio europeo ha sottolineato l'importanza della revisione intermedia in occasione del Consiglio europeo di primavera del 2005 per imprimere un nuovo impulso alla strategia di Lisbona. Al riguardo ha accolto favorevolmente la presentazione da parte del signor Wim Kok, presidente del Gruppo ad alto livello che consiglia la Commissione nella preparazione della revisione intermedia. La presentazione è stata seguita da uno scambio di opinioni.

(Omissis)

II. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: programma dell'Aia

14. La sicurezza dell'Unione europea e dei suoi Stati membri ha assunto un nuovo carattere di urgenza, soprattutto alla luce degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti e dell'11 marzo 2004 a Madrid.

I cittadini dell'Europa si aspettano legittimamente che l'Unione europea, pur garantendo il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, adotti una strategia comune più efficace per far fronte a problemi transfrontalieri come l'immigrazione clandestina e il traffico e la tratta degli esseri umani, nonché il terrorismo e la criminalità organizzata.

15. Cinque anni dopo la riunione del Consiglio europeo di Tampere, allorché fu concordato un programma che ha gettato le basi per conseguire importanti risultati nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è giunta l'ora che un nuovo programma consenta all'Unione di trarre vantaggio da questi risultati e di affrontare in maniera efficace le nuove sfide. A tal fine, esso ha adottato un nuovo programma pluriennale per i prossimi cinque anni, il cosiddetto programma dell'Aia, allegato alle presenti conclusioni. Detto programma riflette le ambizioni espresse nel trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Esso tiene conto della valutazione della Commissione accolta favorevolmente dal Consiglio europeo di giugno 2004 nonché della raccomandazione sul ricorso al voto a maggioranza qualificata e alla procedura di codecisione approvata dal Parlamento europeo il 14 ottobre 2004.

16. Il programma dell'Aia contempla tutti gli aspetti delle politiche connesse allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, compresa la loro dimensione esterna segnatamente: diritti fondamentali e cittadinanza, asilo e migrazione, gestione delle frontiere, integrazione, lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata, cooperazione in materia giudiziaria e di polizia e diritto civile, mentre la strategia in materia di droga sarà aggiunta nel dicembre 2004. Al tempo stesso, il Consiglio europeo ritiene che sia di importanza vitale creare appropriati strumenti giuridici europei, rafforzare la cooperazione pratica e operativa fra le pertinenti agenzie nazionali nonché attuare tempestivamente le misure convenute.

(Omissis)

III. Comunicare l'Europa *(Omissis)*

IV. Allargamento

24. Il Consiglio europeo ha ascoltato una presentazione da parte del Presidente

della Commissione europea circa le relazioni sui progressi compiuti, il documento sulla strategia relativa all'allargamento e le raccomandazioni riguardanti i quattro Stati candidati, nonché lo studio sulle questioni inerenti alla prospettiva di adesione della Turchia pubblicato dalla Commissione il 6 ottobre 2004.

(Omissis)

V. Affari esterni

Elezioni presidenziali negli Stati Uniti (Omissis)

Sudan (Omissis)

Iraq (Omissis)

Medio Oriente (Omissis)

Iran: questioni nucleari (Omissis)

Ucraina (Omissis)

Strategia comune sul Mediterraneo (Omissis)

ALLEGATO I

Programma dell'Aia

Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea

I. Introduzione

Il Consiglio europeo ribadisce di considerare prioritario lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che risponda a una preoccupazione cruciale dei popoli degli Stati riuniti nell'Unione.

Negli ultimi anni l'Unione europea ha rafforzato il suo ruolo nell'instaurazione di una cooperazione di polizia, doganale e giudiziaria e nello sviluppo di una politica coordinata in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne. Tale evoluzione continuerà con una più ferma definizione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nel trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004. Tale trattato e i precedenti trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza hanno progressivamente creato un quadro giuridico comune nel settore della giustizia e degli affari interni e l'integrazione di questa politica nelle altre politiche dell'Unione.

Dal Consiglio europeo di Tampere nel 1999 la politica dell'Unione nel settore della giustizia e degli affari interni è stata sviluppata nel quadro di un programma generale. Anche se non tutti gli obiettivi originari sono stati conseguiti, si sono registrati progressi globali e coordinati. Il Consiglio europeo si compiace dei risultati ottenuti nel corso degli ultimi cinque anni: sono state poste le basi di una politica comune in materia di asilo e immigrazione, è stata predisposta l'armonizzazione dei controlli alle frontiere, è stata migliorata la cooperazione di polizia e i lavori preparatori per la cooperazione giudiziaria sulla base del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze sono ben avanzati.

La sicurezza dell'Unione europea e dei suoi Stati membri ha assunto nuova urgenza, soprattutto alla luce degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti e dell'11 marzo 2004 a Madrid. I cittadini dell'Europa si aspettano legittimamente che l'Unione europea, pur garantendo il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, assuma un approccio comune più efficace di fronte a problemi transfrontalieri come la migrazione clandestina, la tratta di esseri umani, il terrorismo e la

criminalità organizzata nonché la prevenzione di questi fenomeni. In particolare nel campo della sicurezza, il coordinamento e la coerenza tra la dimensione interna e quella esterna hanno assunto un'importanza crescente e devono continuare ad essere perseguiti con determinazione.

Cinque anni dopo la riunione del Consiglio europeo di Tampere è giunta l'ora che una nuova agenda consenta all'Unione di trarre vantaggio da questi risultati e di raccogliere in maniera efficace le nuove sfide da affrontare. A tal fine, il Consiglio europeo ha adottato un nuovo programma pluriennale noto come il programma dell'Aia. Quest'ultimo riflette le ambizioni espresse nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e contribuisce a preparare l'Unione alla sua entrata in vigore. Tiene conto della valutazione della Commissione¹ accolta favorevolmente dal Consiglio europeo di giugno 2004 e della raccomandazione adottata dal Parlamento europeo il 14 ottobre 2004², in particolare per quanto riguarda il passaggio al voto a maggioranza qualificata e la codecisione ai sensi dell'art. 67, par. 2 del TCE.

Il programma dell'Aia ha l'obiettivo di migliorare la capacità comune dell'Unione e dei suoi Stati membri di garantire i diritti fondamentali, le garanzie procedurali minime e l'accesso alla giustizia per fornire protezione alle persone che ne hanno bisogno ai sensi della convenzione di Ginevra sui rifugiati e di altri trattati internazionali, regolare i flussi migratori e controllare le frontiere esterne dell'Unione, combattere la criminalità organizzata transfrontaliera e reprimere la minaccia del terrorismo, realizzare il potenziale dell'Europol e dell'Eurojust, proseguire nel riconoscimento reciproco delle decisioni e degli atti giudiziari in materia sia civile che penale ed eliminare gli ostacoli giuridici e giudiziari nelle controversie in materia civile e di diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere. Si tratta di un obiettivo che deve essere raggiunto nell'interesse dei cittadini europei sviluppando un regime comune in materia di asilo e migliorando l'accesso ai mezzi di ricorso giurisdizionali, la cooperazione pratica di polizia e giudiziaria, il ravvicinamento delle disposizioni legislative e lo sviluppo di politiche comuni.

Un elemento chiave nel prossimo futuro saranno la prevenzione e la soppressione del terrorismo. Un'impostazione comune in questo settore dovrebbe essere basata sul principio secondo cui nel preservare la sicurezza nazionale gli Stati membri dovrebbero tenere pienamente conto della sicurezza dell'Unione nel suo insieme. Nel dicembre 2004 il Consiglio europeo sarà inoltre invitato ad approvare la nuova strategia europea in materia di droga (2005-2012), che verrà aggiunta al presente programma.

Il Consiglio europeo ritiene che il progetto comune per il rafforzamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia costituisca l'elemento essenziale per garantire comunità sicure, reciproca fiducia e stato di diritto in tutta l'Unione. Libertà, giustizia, controllo delle frontiere esterne, sicurezza interna e prevenzione del terrorismo dovrebbero pertanto essere considerati elementi inscindibili in tutta l'Unione. Per un livello ottimale di protezione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è necessaria un'azione pluridisciplinare e concertata sia a livello di UE che a livello nazionale tra le autorità preposte all'applicazione della legge, in particolare la polizia, le dogane e la guardia di frontiera.

Alla luce di questo programma il Consiglio europeo invita la Commissione a presentare al Consiglio, nel 2005, un piano d'azione che concretizzi gli obiettivi e le priorità del presente programma. Il piano dovrà contenere un calendario per l'adozione e attuazione di tutte le azioni. Il Consiglio europeo chiede al Consiglio di provvedere affinché il calendario per ciascuna delle varie misure sia rispettato. La Commissione è invitata a presentare al Consiglio una relazione annuale sull'attuazione del programma dell'Aia («quadro di valutazione»).

II. Orientamenti generali

1. Principi generali

Il programma presentato in appresso è inteso a rispondere alle sfide da affrontare e alle aspettative dei cittadini europei. Si basa su un approccio pragmatico e sui lavori in corso risultanti dal programma di Tampere, sugli attuali piani d'azione e su una valutazione delle misure della prima

¹ Com (2004) 401 defn.

² P6_TA-PROV (2004) 0022 A6-0010/2004.

generazione. È altresì fondato sui principi generali di sussidiarietà, proporzionalità, solidarietà e rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni degli Stati membri.

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (in appresso «Trattato costituzionale») è servito come misura del livello di ambizione, ma sono i trattati esistenti che forniscono la base giuridica per l'azione del Consiglio finché il Trattato costituzionale non prenderà effetto. Pertanto i vari settori politici sono stati esaminati al fine di valutare se sia possibile avviare lavori o studi preparatori, in modo che le misure previste nel trattato costituzionale possano essere adottate al momento della sua entrata in vigore.

Devono essere pienamente rispettati i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali di cui alla parte II del Trattato costituzionale, comprese le note esplicative, nonché dalla Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati. Nel contempo il programma mira a progressi sostanziali ed effettivi verso il rafforzamento della reciproca fiducia e la promozione di politiche comuni a vantaggio di tutti i cittadini europei.

2. *Tutela dei diritti fondamentali (Omissis)*

3. *Attuazione e valutazione (Omissis)*

4. *Riesame (Omissis)*

III. Orientamenti specifici

1. *Rafforzamento della libertà*

1.1 *Cittadinanza dell'Unione*

Il diritto di tutti i cittadini dell'Unione di circolare e risiedere liberamente nel territorio degli Stati membri è il diritto basilare della cittadinanza dell'Unione. L'importanza pratica della cittadinanza dell'Unione sarà rafforzata con la piena attuazione della direttiva 2004/38⁴ che codifica la normativa comunitaria nel settore garantendo chiarezza e semplicità. La Commissione è invitata a presentare nel 2008 una relazione al Consiglio e al Parlamento europeo corredata, se del caso, di proposte intese a garantire la circolazione dei cittadini dell'UE all'interno dell'Unione europea a condizioni analoghe a quelle dei cittadini di uno Stato membro quando si spostano o cambiano residenza all'interno del loro paese, in conformità di principi sanciti dal diritto comunitario.

(Omissis)

1.2 *Politica in materia di asilo, migrazione e frontiere (Omissis)*

1.3 *Regime europeo comune in materia di asilo (Omissis)*

1.4 *Migrazione legale e lotta al lavoro illegale (Omissis)*

1.5 *Integrazione dei cittadini di Paesi terzi (Omissis)*

1.6 *Dimensione esterna dell'asilo e della migrazione*

1.6.1 *Partenariato con Paesi terzi (Omissis)*

1.6.2 *Partenariato con i Paesi e le regioni d'origine (Omissis)*

1.6.3 *Partenariato con i Paesi e le regioni di transito (Omissis)*

1.6.4 *Politica in materia di rimpatrio e riammissione (Omissis)*

⁴ Direttiva n. 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (Cee) n. 1612/68 ed abroga le direttive n. 64/221/Cee, n. 68/360/Cee, n. 72/194/Cee, n. 73/148/Cee, n. 75/34/Cee, n. 75/35/Cee, n. 90/364/Cee, n. 90/365/Cee e n. 93/96/Cee, in *Gu-Ue* n. L 158 del 30 aprile 2004, p. 77.

- 1.7 Gestione dei flussi migratori
 - 1.7.1 Controlli alle frontiere e lotta contro l'immigrazione clandestina (*Omissis*)
 - 1.7.2 Biometria e sistemi d'informazione (*Omissis*)
 - 1.7.3 Politica in materia di visti (*Omissis*)
- 2. Rafforzamento della sicurezza
 - 2.1 Miglioramento dello scambio di informazioni (*Omissis*)
 - 2.2 Terrorismo (*Omissis*)
 - 2.3 Cooperazione di polizia (*Omissis*)
 - 2.4 Gestione delle crisi all'interno dell'Unione europea con effetti transfrontalieri (*Omissis*)
 - 2.5 Cooperazione operativa (*Omissis*)
 - 2.6 Prevenzione della criminalità (*Omissis*)
 - 2.7 Criminalità organizzata e corruzione (*Omissis*)
 - 2.8 Strategia europea in materia di droga (*Omissis*)
- 3. Rafforzamento della giustizia (*Omissis*)
 - 3.1 Corte di giustizia delle Comunità europee (*Omissis*)
 - 3.2 Rafforzare la fiducia reciproca (*Omissis*)
 - 3.3 Cooperazione giudiziaria in materia penale (*Omissis*)
 - 3.3.1 Reciproco riconoscimento (*Omissis*)
 - 3.3.2 Ravvicinamento delle legislazioni (*Omissis*)
 - 3.3.3 Eurojust (*Omissis*)
 - 3.4 Cooperazione giudiziaria in materia civile
 - 3.4.1 Agevolare la procedura civile attraverso le frontiere (*Omissis*)
 - 3.4.2 Reciproco riconoscimento delle decisioni (*Omissis*)
 - 3.4.3 Rafforzare la cooperazione (*Omissis*)
 - 3.4.4 Garantire la coerenza e migliorare la qualità della normativa comunitaria (*Omissis*)
 - 3.4.5 Ordinamento giuridico internazionale (*Omissis*)
- 4. Relazioni esterne (*Omissis*)

ALLEGATO II

Dichiarazione del Consiglio europeo sulle relazioni tra l'Ue e l'Iraq (*Omissis*)

COME CAMBIARE L'UNIVERSITÀ*

«Sognando un campus americano» di Massimo Piattelli Palmarini

"Corriere della Sera": 26 giugno 2004

La progettata privatizzazione di fatto delle università italiane, con un carico fiscale sulle spalle delle imprese e la detassazione di possibili contributi volontari addizionali, sembra ispirarsi a un modello statunitense. Mi permetto di sollevare forti dubbi su questa similitudine e sulle possibilità di successo, in assenza di un colossale sovvertimento alla base. I contrasti tra alcune parole chiave mi sembrano ricapitolare tutta la diversità nella vocazione profonda delle università italiane, rispetto a quelle statunitensi. Per quanto riguarda i docenti, la nostra parola è «sistemare», la loro «appoint» (cioè nominare, a seguito di un'attenta ricerca). Per quanto riguarda gli studenti, la nostra è «iscriversi», la loro «apply» (cioè far domanda di iscrizione, sulla base delle proprie capacità e inclinazioni, e di ciò che si pensa quella particolare università possa offrire, a differenza di tutte le altre). Mi colpì, qualche anno fa, una statistica sull'Università di Como (si noti bene, Como, a un tiro di schioppo da Milano): oltre l'ottanta per cento degli studenti l'aveva scelta solo perché era vicino a casa.

Andatelo a dire allo studente del Wyoming che fa domanda alla Columbia University di New York perché ha la miglior scuola di giornalismo, o alla studentessa del Massachusetts che fa domanda a una delle università della California perché ha il miglior dipartimento di informatica.

Per quanto riguarda, infine, la logistica, la nostra parola è «sede», la loro (che oggi diventa di grande attualità anche in Italia) «campus». Ma il tipico campus universitario americano raccoglie e armonizza non solo istituti, aule, biblioteche e uffici, ma anche dormitori per decine di migliaia di studenti, musei, campi sportivi, teatri, cinematografi, caffetterie, mense, ristoranti e negozi, entro un vasto perimetro, solcato senza posa da navette gratuite. L'idea di replicare in Italia una simile organizzazione mi sembra, purtroppo, utopistica. La sola spesa per costruire e gestire un volume adeguato di spazi in dormitori (con due occupanti per stanza al massimo) appare esorbitante. Ovviamente, alla rivoluzione logistica, rappresentata dal campus, dovrebbero poi anche corrisponderne altre, nei modi, i contenuti e lo stile degli studi. È irresistibile, allora, evocare le parole del filosofo inglese Francesco Bacone, scritte quasi quattro secoli

* In argomento v. *infra*, p. 828 ss., la nota di FAUSTO CAPELLI.

or sono: «Su certe tavolette non si può scrivere il nuovo, se non si è prima cancellato il vecchio».

L'università italiana è una di queste tavolette e il compito appare davvero immane. Giustamente, imprenditori, forze politiche e opinione pubblica avvertono un forte iato tra la pochezza delle nostre università e il posto eminente che l'Italia, invece, occupa nel mondo, per la sua storia, il suo patrimonio artistico e culturale, alcuni dei suoi prodotti industriali, spesso imitati ma mai uguagliati, e per il suo stile di vita. Si cerca, in buona fede, di porvi rimedio, suggerendo riforme e tentando di far rientrare i cosiddetti cervelli «fuggiti». Purtroppo, la grigia palude delle università statali italiane assorbe e digerisce con i propri antichi succhi ogni tentativo di riforma.

Per una volta, non dobbiamo colpevolizzare solo la classe politica, dell'una o dell'altra tendenza, la quale, nel corso degli anni, ha avanzato alcune riforme che erano giuste come concezione e come formulazione, ma che sono finite in niente nella pratica. Bastino due esempi, tra tanti. I professori a contratto erano stati istituiti (il testo della legge lo diceva a chiare lettere) per immettere negli insegnamenti universitari, in modo più agile e temporaneo, competenze esterne di speciale attualità, dal mondo dell'industria, delle finanze, del design, dell'informatica. Subito diventò uno stratagemma per sistemare alla meglio, almeno per un paio di anni, gli immancabili postulanti interni.

Secondo esempio: le facilitazioni per il rientro di studiosi che avessero trascorso almeno tre anni in una università all'estero, sacrosante in astratto, spronarono i soliti baroni a inviare i loro protetti, a singhiozzo (per segmenti di pochi mesi alla volta), or qua or là, al fine di far loro cumulare i crediti richiesti. Quindi, la vera, immensa riforma dovrebbe partire dalla base, sovvertendo queste vecchissime pratiche e introducendo nuovi valori. Se adesso chiediamo all'industria di contribuire in modo massiccio all'università dovremmo anche dare agli imprenditori il potere di controllarne la gestione, con un occhio costante e impietoso all'eccellenza, alla competitività e alla differenziazione tra le offerte delle diverse sedi.

Tutti sanno che l'aver trasformato le università in «imprese» (sic) ha, fino a oggi, incoraggiato avanzamenti di carriera esclusivamente interni. Questa ulteriore riforma, se accompagnata da una vera, sana, rivoluzione alle radici, potrebbe non farci tornare in mente, una volta di più, il proverbio sulle buone intenzioni e il labirinto dell'inferno.

Riflessioni sul modo di gestire le Università

Massimo Piattelli Palmarini, nell'articolo sopra riportato, dopo aver messo in chiara evidenza le differenze esistenti tra il sistema universitario statunitense e quello italiano, termina con un suggerimento che val la pena riprendere per esteso: «Se adesso chiediamo all'industria di contribuire in modo massiccio all'università, dovremmo anche dare agli imprenditori il potere di controllarne la gestione, con un occhio costante e impietoso all'eccellenza, alla competitività, alla differenziazione tra le offerte delle diverse sedi».

Affidare la gestione delle Università al controllo di soggetti ad esse esterni, significa con ogni probabilità rendere possibile il solo intervento che le può aiutare a guarire dalla malattia genetica da cui sono affette, perché in grado di incidere in modo efficace sulla loro struttura.

In effetti ci vuol poco a capire che il malfunzionamento delle Università dipende da un morbo di natura genetica.

Ma non si tratta di un morbo genetico perché legato all'origine italiana dell'Università, bensì di un morbo che colpisce qualunque università (in qualsiasi Paese) che sia organizzata come è organizzata la nostra nella quale, come è noto, i docenti che all'interno vi lavorano sono anche i soggetti che ne controllano la gestione.

Il conflitto di interessi appare evidente, e il celeberrimo autore che per primo ne ha intuito le conseguenze negative ha svolto le sue riflessioni in modo così avvincente ed efficace che il lettore, leggendole, crederà siano state scritte pochi giorni fa e proprio in relazione al sistema universitario italiano.

Non cito l'autore se non alla fine, in primo luogo per mantenere desta la curiosità del lettore e, in secondo luogo, per dimostrare come le argomentazioni logiche, se solidamente fondate sulla ragione e sul buon senso, possano attraversare i secoli senza subire la minima scalfittura.

Comincia quindi il nostro Autore con la descrizione degli effetti prodotti dal conflitto di interessi riguardante il docente.

«In questo caso, il suo interesse è posto al massimo possibile in contrasto diretto con il suo dovere. È interesse di un uomo di vivere per quanto comodamente possibile, e se la sua remunerazione sarà precisamente la stessa, che adempia o meno ad un dovere assai laborioso, sarà certamente suo interesse, almeno nel modo in cui lo si intende volgarmente, di trascurare interamente quel dovere, oppure, se egli è sottoposto ad un'autorità la quale non lo tolleri, di adempierlo in quella maniera negligente e pigra, che quell'autorità gli consenta. [...]

Se l'autorità a cui egli è sottoposto sta nella corporazione, nel collegio o nell'università, cui egli è membro, e nella quale la maggioranza degli altri membri sono come lui insegnanti, o destinati a diventarlo, essi faranno probabilmente causa comune, si tratteranno a vicenda con grande indulgenza, e ciascuno consentirà che il suo collega trascuri il suo dovere, purché gli si lasci di trascurare il suo».

Illustrate le conseguenze del conflitto di interessi, il nostro Autore passa a descrivere il funzionamento delle Università che lo tollerano:

«La disciplina dei collegi e delle università è stabilita non a vantaggio degli studenti, ma per l'interesse, o meglio per la comodità, degli insegnanti. Il suo scopo è in ogni caso di mantenere l'autorità dell'insegnante e, sia che egli trascuri il suo dovere, sia che lo adempia, di obbligare gli studenti a comportarsi sempre con lui, come se adempisse con la più scrupolosa diligenza e con la massima abilità. Sembra presupporre perfetta saggezza e virtù da parte dell'insegnante, e la massima inettitudine e stoltezza da parte degli studenti. Ove però gli insegnanti adempiano realmente il loro dovere, non credo

che si verifichi mai che la maggioranza degli studenti trascurino il proprio. Nessuna disciplina è mai stata necessaria per costringere ad assistere a lezioni che meritano veramente di essere ascoltate, come è ben noto ovunque vengano date lezioni».

Come si può dedurre dalle riflessioni sopra esposte, un modo per far funzionare il sistema universitario potrebbe essere quello di intaccarne la struttura, eliminando il conflitto di interessi.

E questo può essere ottenuto soltanto se si affida la gestione delle Università a soggetti esterni che non lavorano come docenti all'interno di esse.

I docenti potrebbero quindi fornire la propria scienza agli studenti (come insegnanti), all'università (come ricercatori) e agli amministratori (come consulenti).

Così strutturata, l'Università si troverebbe di fronte a prospettive nuove e diverse.

Gli studiosi seri e disinteressati avrebbero modo di individuarle e di analizzarle proponendo soluzioni ragionevoli.

Giunti a questo punto, possiamo fornire il nome dell'Autore che qualche lettore avrà già identificato.

Si tratta di Adam Smith, il quale nel suo capolavoro, *Ricerca sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, (cfr. ed. Utet, Torino, 1958, a cura di A. Campolongo, p. 662 ss.) ha dedicato una parte del capitolo I del Libro quinto, al tema: «Della spesa delle Istituzioni per l'educazione della gioventù».

In conclusione, credo che la frase di Francesco Bacone, riportata da Piattelli Palmarini nel suo articolo citato all'inizio («In certe tavolette non si può scrivere il nuovo, se non si è prima cancellato il vecchio»), costituisca un ottimo segnale per far accettare come "nuovo" il suggerimento deducibile dalle riflessioni che Adam Smith ha svolto oltre due secoli fa.

Fausto Capelli

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA COSTITUZIONE DELLA GRANDE EUROPA: COESIONE ECONOMICA, SOCIALE, TERRITORIALE

Sommario: 1. *L'Europa - spazio* - 2. *Il grande territorio unico* - 3. *Alle origini del processo di allargamento* - 4. *Dalla fase di preadesione all'adesione* - 5. *Segue: I negoziati di adesione* - 6. *Le politiche di coesione nella UE-15* - 7. *Segue: Le politiche di coesione nella UE-27* - 8. *Il capitolo istituzioni nei negoziati di adesione* - 9. *Il Trattato di adesione come momento fondante della grande Europa* - 10. *Dimensione regionale e Costituzione*.

1. L'Europa - spazio

Il 1° maggio 2004 è la data dell'unificazione del continente europeo dopo la frattura del secondo dopoguerra. Il 29 ottobre 2004 è la data della "costituzionalizzazione" d'Europa. I commenti degli osservatori sono improntati a giusta soddisfazione, ma qualche spunto critico è consentito.

Jacques Delors cerca un approccio equilibrato. Il grande ampliamento «rappresenta un dovere e una speranza», ma ne vanno attentamente valutati i rischi di potenziale diluizione della dinamica di integrazione¹. L'Europa a 25 - 30 membri deve prefiggersi obiettivi chiari, ambiziosi, realistici; creare uno spazio di pace e sicurezza; elaborare una strategia di sviluppo sostenibile che concili esigenze di libertà e solidarietà verso un modello di «mondializzazione regolata». Le competenze vanno ripartite in modo da rispettare le diversità storiche e culturali e arricchire il patrimonio di civiltà, con la prassi della cooperazione e della condivisione di sovranità in ambiti definiti.

Biagio De Giovanni coglie nella nozione di Europa-spazio la chiave della storia contemporanea del continente, che non può essere letta con Benedet-

¹ J. DELORS, *Discours à l'Assemblée française*, in *Agence Europe*, 2003.

to Croce «alla luce del bene che progressivamente vince il male»². L'Europa - spazio indica invece «un continente il quale non fa conto su un destino preconstituito ma affida al divenire il disegno del suo destino e della sua fisionomia». L'Europa ha un inizio geografico ed una estremità indeterminata: «è uno spazio (...) un'area, un insieme di luoghi dai limiti sfuggenti». La parola spazio corrisponde meglio a tale realtà dove si verifica l'ipotesi di libertà della *politeia* democratica. L'Europa che si unifica attorno ai valori condivisi realizza la *politeia* democratica.

Gli obiettivi e l'azione della grande Europa debbono trovare motivi di coesistenza con le esigenze di un certo numero di Stati membri di procedere più speditamente sulla via dell'integrazione con le cooperazioni rafforzate. Differenziazione e sussidiarietà sono le parole chiave per connettere ampliamento e approfondimento.

La differenziazione fra i Paesi europei all'insegna delle cooperazioni rafforzate avrebbe dovuto essere stabilita all'inizio del processo di allargamento, nel lontano 1989. Allora alcune personalità europee – François Mitterrand da questa parte della vecchia cortina, Mikhail Gorbacev dall'altra – propugnavano un "tetto politico" per tutti i Paesi dell'est: una confederazione nel cui seno sentirsi appartenenti alla casa comune senza aspettare i difficili negoziati che li avrebbero portati prima all'associazione e poi all'adesione alla Comunità - Unione. I PECO avrebbero così scelto la via più consona alla situazione interna senza sottoporsi ai traumi dell'applicazione immediata dell'*acquis communautaire*. Tale però non fu il percorso scelto nel 1989, forse per debole visione strategica, forse per il precipitare degli eventi in Unione Sovietica.

Quasi dieci anni trascorsero prima che il Consiglio europeo di Lussemburgo (1997) lancia quel processo di allargamento globale e inclusivo che vede conclusa la prima fase il 1° maggio 2004. Le opportunità mancate non cancellano le opportunità future, perché la dote dei candidati è ricca ed essi apportano vantaggi all'Unione. Le loro identità nazionali furono massacrate dallo stalinismo. Ora risorgono ciascuna con le sue caratteristiche e la sua storia, e la rinascita ha un grande valore spirituale. Ciascuna apporta un contributo all'edificio comune. Per ora il contributo materiale è poco rilevante, presto aumenterà di anno in anno. È da scontare una certa tensione tra sovranità ritrovata e prospettiva di metterne una parte in comune nel quadro europeo. Questo non rientra in una forma di nuovo nazionalismo, ma testimonia del bisogno di ritrovare la dignità dell'identità. Per l'Unione le varie identità non sono un pericolo ma un arricchimento. Essa deve vegliare affinché non siano messe a repentaglio dalla costruzione dell'Europa unita. La differenziazione organizzata è preferibile alle differenziazioni di fatto, create a margine

² B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Napoli, Guida, 2002.

delle istituzioni comunitarie e quindi perverse, con comitati direttivi e meccanismi del tipo Consiglio di sicurezza ONU. Le cooperazioni rafforzate fanno parte del sistema istituzionale comune e devono consentire a ciascun membro di farne parte.

L'Europa allargata deve avere la missione specifica di creare uno spazio di pace e sicurezza e delineare un quadro per lo sviluppo sostenibile. L'aumento degli Stati membri pone problemi politici ed organizzativi, che si possono risolvere non indebolendo ma rafforzando l'impianto istituzionale. La Commissione è e deve restare garante dell'interesse generale perché opera a Bruxelles e da Bruxelles tutti i giorni. L'Europa allargata insomma deve alimentarsi di una visione appassionata, qualificare le competenze, dotarsi di pragmatismo.

Il *deficit* democratico di cui spesso viene accusato l'edificio europeo è in parte superato dall'attività del Parlamento europeo e delle altre istituzioni. La cittadinanza europea è la maniera per saldare il momento nazionale al momento sovranazionale. Si pone il problema del *demos* europeo, in quanto la cittadinanza si unisce di solito alla nazione, e dunque l'europea è un *quid novum*, uno *status* giuridico senza corrispondenza materiale. Non basta allora affermare che la cittadinanza europea si sovrappone e non sostituisce la nazionale. Occorre riempirla di contenuti concreti affinché presenti un valore aggiunto.

«Le principali parole d'ordine dell'Europa (...) sono divenute, quanto all'economia, mercato, stabilità, coesione; quanto alla politica, democrazia (spesso associata all'idea di Stato di diritto), cittadinanza, libertà, diritti fondamentali»³. Questi elementi "costituenti" si ritrovano nei criteri che il Consiglio europeo di Copenaghen (1993) individuò come requisiti di ammissibilità all'Unione. Vengono ribaditi nei testi di base, come i preamboli dei vari Trattati, oltre ad essere oggetto della Carta dei diritti fondamentali. Vale allora chiedersi se questo complesso di parole d'ordine sottintenda altrettanti valori. Se sia concepibile una filosofia della *politeia europea*. Se esista un disegno organico di unificare il continente attorno alla bandiera a dodici stelle ed al presidio dei valori eurooccidentali. Se questo presidio non suoni provocatorio per quanti, al di fuori dell'Europa - spazio, si riconoscono in valori diversi o diversamente declinati.

Ancora nel 1999, in occasione del cinquantenario della Dichiarazione universale sui diritti umani, l'Egitto si rendeva interprete di parte della comunità arabo-islamica nel ribadire la critica alla tendenza occidentale ad utilizzare tali diritti come strumento per «imporre controlli su certe società sotto il profilo politico ed internazionale, e di imporre condizioni nel campo delle

³ P. FERRARA, *Non di solo euro – la filosofia politica dell'Unione europea*, Roma, Città nuova, 2002.

relazioni economiche e commerciali con i Paesi in via di sviluppo attraverso parametri selettivi di diritti umani basati su interessi e alleanze»⁴.

Questa concezione, se fatta propria dall'Unione per ragioni di convenienza politica, porterebbe a modulare il rispetto dei diritti fondamentali in funzione dello spazio: rigoroso all'interno dei confini d'Europa, relativo al di fuori. Ma si recherebbe un *vulnus* all'universalità dei diritti fondamentali e si riproporrebbe la distinzione che la filosofia classica (Aristotele, *Politica*) aveva introdotto fra Asia ed Europa: la prima governata dal dispotismo, la seconda dalla democrazia. Ed in singolare coerenza con tale distinzione, la Convenzione europea (2003) cita Pericle, quale ripreso da Tucidide, a premessa del progetto di costituzione per l'Europa: «La nostra Costituzione (...) si chiama democrazia perché il potere non è nelle mani di pochi, ma dei più».

Mondializzazione regolata, governo democratico della globalizzazione, Europa "forza gentile"⁵: sono tutti o quasi sinonimi volti a definire la missione dell'Unione allargata sulla scena internazionale. È il trionfo del metodo teleologico, ora di attualità, rispetto al funzionalismo di Jean Monnet.

2. Il grande territorio unico

Il dibattito istituzionale va calato nel vivo delle politiche materiali. Ecco allora emergere il primo quesito: se sia possibile l'allargamento senza una forte coesione economica e sociale. Da cui il secondo quesito: se la politica di coesione debba continuare ad interessare le regioni dei vecchi Stati membri e con quali obiettivi.

Ambedue le questioni sono al centro dell'attenzione prima che il Consiglio europeo di Laeken (2001) adotti la Dichiarazione relativa all'avvenire dell'Unione. La risposta della Commissione contempla vari passaggi. L'allargamento produce maggiore e non minore domanda di coesione. Bisogna coniugare l'esigenza di solidarietà per i nuovi membri e la tutela degli attuali. La politica regionale deve rivolgersi a tutto il territorio dell'Unione con riguardo alle regioni obiettivo 1 ed alle regioni obiettivo 2. Vanno considerati i temi territoriali ed urbani. Le risorse complessive non possono scendere al di sotto dell'attuale 0,45% del PIL comunitario. Bisogna analizzare il concetto di valore aggiunto comunitario che presiederà alla prossima programmazione. A giudizio della Commissione, la politica di coesione deve sempre più assumere come priorità «lo sviluppo spaziale del territorio europeo».

⁴ C. RISI - S. GOZI, *Sulla tutela dei diritti dell'uomo e dei "gruppi umani" nell'ordinamento europeo dopo Amsterdam*, in *Affari sociali internazionali*, 2000, p. 109.

⁵ T. PADOA SCHIOPPA, *Europa forza gentile*, Bologna, Il Mulino, 2001.

Il territorio deve essere sin d'ora il referente fisico della coesione. L'area compresa tra il nord dello Yorkshire, la Francia Contea e Amburgo corrisponde soltanto al 14% del territorio dell'Unione, ma conta un terzo della popolazione e contribuisce al 47% del PIL comunitario. Di qui la necessità di uno sviluppo policentrico che punti ad altre zone, da sostenere con infrastrutture adeguate a favorire lo sviluppo equilibrato e sostenibile. Tre allora possono essere le priorità dell'azione comune: attenzione alla questione urbana, sviluppo della cooperazione transnazionale ed interregionale, sostegno alle regioni svantaggiate geograficamente e fisicamente. Il riferimento spontaneo va ai contenuti ed alle finalità dello «schema di sviluppo spaziale europeo», che i Ministri del Territorio (Potsdam, 1999) delinearono in base all'assunto che i temi del territorio vanno inseriti in maniera più puntuale nel quadro della coesione. Il territorio ha anche la dimensione esterna, e cioè la cooperazione tra l'Unione e le aree ad essa adiacenti; aree che con l'allargamento si spostano sempre più verso Est e Sud. Le zone di cerniera, come il Mediterraneo ed i Balcani, sono cruciali per la stabilità dell'Unione nel suo insieme, altrimenti non si crea quell'area di sviluppo condiviso che è l'obiettivo ultimo della Dichiarazione euromediterranea di Barcellona (1995) e della Dichiarazione eurobalcanica di Zagabria (2000).

I rapporti con le aree adiacenti ripropongono la questione sui confini d'Europa: sulla coincidenza fra Europa politica ed Europa geografica; sulle affinità europee del Nord Africa, considerato che alcuni Paesi del Maghreb «font déjà partie de la périphérie du marché européen» e che nel Mashrak, a certe condizioni, Israele potrebbe sviluppare l'associazione all'Unione in una sorta di adesione parziale.

Per i Paesi dell'Europa centrorientale (PECO) si pone il problema dello sforzo socio-economico che sopportano per aderire e di come possa essere mitigato con i trasferimenti finanziari. L'eterogeneità sociale ed economica dei PECO è illustrata dai livelli di reddito per abitante e dai tassi di disoccupazione. Gli scarti regionali fra i vecchi membri meno avanzati (Spagna, Portogallo, Irlanda, Grecia) tendono ad aumentare rispetto ai nuovi. Al loro interno crescono le disarmonie fra le capitali da una parte e le regioni in riconversione industriale ed agricola dall'altra. L'azione dell'Unione deve intervenire sulla politica di gestione del territorio, grazie ad una concezione globale dall'alto unita a strategie economiche elaborate dal basso.

Il grande territorio unico è il punto d'approdo del processo di allargamento, ma anche il punto d'avvio della riflessione sulle politiche di coesione, che devono subito superare il concetto di separazione fra est e ovest. Tale separazione ha sempre meno ragione di essere perché i movimenti migratori dopo l'adesione tenderanno a mescolare le popolazioni.

Di confini d'Europa tratta la comunicazione della Commissione *Wider Europe* (2003). Alla base è l'idea di rivedere i rapporti dell'Unione con i vicini

prossimi ad evitare nuove linee di divisione al di là delle nuove frontiere. Si ripresenta il problema dell'estensione geografica dell'allargamento che lambisce già ora tre raggruppamenti regionali: il Mediterraneo del processo di Barcellona; i Balcani del processo di stabilizzazione e associazione; la Russia e gli altri Paesi degli accordi di partenariato e cooperazione.

L'allargamento postula basi più coerenti e durevoli per le relazioni coi nuovi vicini: «the pace and scope of this process will have to be flexible – there can be no one-size-fits-all approach. The starting point should be that relations with all our neighbours should be based on a shared set of political and economic values»⁶. La nuova politica di vicinato potrebbe prendere la forma contrattuale di accordi di vicinato o prossimità, accompagnati dal nuovo strumento di prossimità, destinato a sostituire i programmi CARDS, MEDA, TACIS. Il contenuto dei nuovi accordi non sarebbe molto diverso da quello degli attuali, ma la mutata etichetta qualificerebbe l'impegno dell'Unione ad innalzare il profilo dei rapporti regionali e suscitare nelle controparti volontà politica e capacità amministrativa. Il punto di partenza si baserebbe sul patrimonio condiviso di valori politici ed economici. Sarebbe seguito dall'avvicinamento e dall'armonizzazione delle legislazioni alle politiche dell'Unione. A medio termine si prospetterebbe «a gradually evolving framework for an economic and political space surrounding the Union, which would nevertheless stop short of full membership or creating shared institutions»⁷. In conclusione, costruiamo l'accordo sui valori comuni e sulla partecipazione al mercato unico ed alle pertinenti politiche, esercitiamo cautela sull'estensione a dismisura di istituzioni e politiche generali.

La dialettica di allargamento e approfondimento diventa dialettica fra politica economica e politica *tout court*: la prima può essere messa in comune una volta per tutte in omaggio al pensiero economico unico, la seconda caso per caso e secondo le circostanze. Traspare da questo metodo l'autocoscienza d'Europa che rivendica il successo del modello eurooccidentale e lo propone al mondo talché, sotto il profilo etico ed economico, l'interno e l'esterno dello spazio si somiglino pur senza coincidere. Ma taluni Paesi vicini sono refrattari al modello dominante e sostengono il relativismo dei valori come via per uscire dal sottosviluppo. Si rivelano irriducibili al pensiero unico ed aprono scenari di confronti.

Non si torna allora alla vecchia idea della casa comune europea, della confederazione fra federazioni cara alle personalità politiche del 1989. Le affinità però non mancano. Si dà per scontata l'integrazione dei nuovi membri nel corpo dell'Unione. Si costruiscono ponti verso il Mediterraneo. Si lancia-

⁶ C. PATTEN - J. SOLANA, *Wider Europe*, Bruxelles, 2002.

⁷ *Ivi.*

no segnali di preadesione ai Balcani. Si disegnano geometrie variabili coi Paesi della Comunità Stati Indipendenti (CSI).

3. Alle origini del processo di allargamento

L'ingresso nell'Unione di nuovi membri affonda le radici negli avvenimenti che cambiarono lo scenario europeo ed internazionale alla fine degli anni Ottanta. Con l'esclusione di Cipro e Malta, i Paesi con i quali l'Unione europea intrattiene i negoziati di adesione appartenevano al blocco sovietico o nacquero come repubbliche indipendenti dalle ceneri dell'URSS.

L'attuale allargamento è senza paragoni in termini di numero dei Paesi, di incremento demografico e territoriale, di diversità dei candidati rispetto ai vecchi membri. Si è soliti imputare al 1989 lo spartiacque tra vecchio e nuovo ordine internazionale, oltre che il momento che sancì l'inizio del definitivo riavvicinamento tra Est e Ovest. Storicamente però le tappe fondamentali che segnano l'inizio del dialogo politico più stretto tra le parti possono risalire alla metà degli anni Ottanta, quando l'Unione Sovietica avviò l'impossibile riforma. Emerse in quell'epoca l'idea, fino ad allora considerata utopica, di unificare il continente sotto un unico sistema di valori comuni: idea che rappresentò non solo una garanzia di stabilità e sicurezza ma un tratto caratterizzante del processo politico che sarebbe cominciato a breve.

L'idea della riunificazione del continente sulla base di valori comuni fondanti una identità europea non ha solamente un significato retorico e simbolico. La letteratura in argomento e gli stessi documenti programmatici della Commissione hanno costantemente sottolineato i tre scopi fondamentali del processo: la stabilità, la sicurezza, la crescita economica attraverso l'apertura di nuovi mercati. Che siano elementi basilari, risulta quasi scontato dal momento che ogni tipo di processo politico comporta profili di pragmatismo. Quello che risulta meno certo è se gli esiti di questo allargamento rechino benefici tali da bilanciare i costi. In nessun precedente tanta enfasi è stata posta sull'adozione dell'*acquis* come base legale ed amministrativa per la organizzazione interna dei candidati. D'altra parte l'adozione dell'*acquis* è stata vista come un grosso sforzo che essi sono chiamati a compiere al fine dell'adesione. La condizionalità ha imposto un andamento lento e a tappe al processo, i cui reali benefici potranno essere evidenti in un'ottica di medio-lungo periodo, in particolare dal punto di vista economico.

Nel 1990 è creata a Parigi la Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo dell'Europa dell'Est (BERS), che diviene operativa nel 1991. L'Accordo istitutivo contiene *in nuce* i criteri sanciti poi a Copenaghen nel 1993, soprattutto con riferimento ai principi della democrazia e delle economie libere di mercato, oltre che dei diritti umani. L'art. 1 dell'Accordo statuisce

che lo scopo della Banca è di «favorire la transizione verso economie orientate al mercato e di promuovere l'iniziativa privata e imprenditoriale nei Paesi dell'Europa Centro Orientale che si impegnano ad applicare i principi della democrazia multipartitica». Il preambolo esprime la necessità di «promuovere l'adempimento della democrazia multipartitica, il rafforzamento delle istituzioni democratiche, il vigore della legge e il rispetto per i diritti umani». Analogamente il preambolo del Trattato di Maastricht (1991) fa riferimento «alla storica importanza della fine di ogni divisione del continente europeo». L'art. O del TUE è in seguito ripreso dalle conclusioni del Consiglio europeo di Lussemburgo (1997) per lanciare il processo vero e proprio di adesione.

Le relazioni tra i PECO e la Comunità europea nel periodo successivo agli eventi del 1989 sono essenzialmente di tipo economico. Si inaugura una fase nuova grazie all'intensificarsi dei rapporti commerciali. Oltre alla creazione di organismi istituzionali improntati all'aiuto economico e finanziario (la citata BERS), cadono le tradizionali barriere al commercio e si aprono nuovi mercati per gli Stati membri, specie per quelli ai confini con l'Europa orientale. Nel 1989 è lanciato il programma PHARE (*Pologne Hongrie assistance et reconstruction économique*). Il principale progetto di assistenza economica e finanziaria è elaborato nell'ambito della «cooperazione economica rinforzata», inizialmente destinato a Polonia ed Ungheria, poi esteso ad altri. Il PHARE è ancora oggi un punto fondamentale della strategia di preadesione elaborata dal Consiglio europeo di Essen (1994).

L'evoluzione dei rapporti tra UE e PECO si delinea indicativamente in tre fasi distinte: un periodo iniziale (1989-1993) caratterizzato da rapporti economici e da assistenza finanziaria; un secondo momento (1993-1997) in cui si definiscono criteri e strategie di adesione; il periodo finale (1998-2002) che vede la conclusione dei negoziati di adesione per alcuni candidati. La gradualità del processo trova le sue ragioni non solo nelle difficoltà oggettive di integrare nuovi Paesi per vari motivi così diversi, ma anche nei problemi degli Stati membri a definire i propri interessi nei confronti dell'Europa orientale e delineare una politica comune.

La prima concreta definizione dei criteri necessari all'adesione si registra al Consiglio europeo di Copenaghen del 1993. Oltre a dichiarare formalmente il sostegno all'entrata di nuovi membri dell'Europa centroorientale, le conclusioni del vertice definiscono i criteri per avviare il processo.

Prima di allora la condizionalità politica è stata tratteggiata negli *accordi europei di associazione*. I primi accordi di questo tipo sono conclusi nel 1991 con Ungheria e Polonia; successivamente, nel 1993, con Bulgaria, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia. Nel 1996, sono firmati con tutti i PECO poi ammessi ai negoziati di adesione, includendo anche Estonia, Lituania, Lettonia, Slovenia. Gli accordi di associazione con Malta e Cipro vennero firmati rispettivamente nel 1970 e nel 1972, poi aggiornati con i partenariati per

l'adesione. La strategia di preadesione con la Turchia si collocò nella linea delle conclusioni del vertice di Helsinki del 1999. L'Accordo di Associazione con Ankara risaliva addirittura al 1963, mentre la sua domanda di adesione era del 1987. Soltanto nel 1995 il Consiglio di associazione CE - Turchia decise di realizzare la fase finale dell'Unione doganale e rilanciare la cooperazione finanziaria prevista nell'accordo di associazione.

Gli accordi con Malta, Cipro e Turchia non prevedevano il dialogo politico né la relativa strumentazione; coprivano solamente la cooperazione economica e finanziaria, da realizzare attraverso la creazione di un'unione doganale, obiettivo praticamente completato con Turchia e Cipro. L'accordo di associazione tra Malta e la Comunità europea (1971) prevedeva analogamente la realizzazione di un'unione doganale in due tappe nell'arco di dieci anni.

Vi sono quindi differenze tra gli accordi europei degli anni Novanta con i Paesi dell'Europa centroorientale e gli accordi di associazione conclusi in precedenza con Malta, Cipro, Turchia. Tutti hanno lo stesso quadro normativo e perseguono gli stessi obiettivi; si differenziano non solo per la collocazione temporale, ma anche perché riflettono la diversità delle vicende storiche dei Paesi terzi mediterranei (PTM) rispetto ai PECO. Ecco perché ispirano specifiche strategie di preadesione.

Il preambolo degli accordi europei fa riferimento ad obiettivi fondamentali da raggiungere con l'assistenza della Comunità quali la democratizzazione, l'esistenza di un'economia di mercato e di uno Stato di diritto oltre che del pluralismo politico. Gli accordi europei sanciscono l'inderogabilità di quei principi (democrazia, rispetto dei diritti umani, economia di mercato competitiva) senza i quali non si può realizzare l'integrazione europea. Prevedono l'adesione di nuovi membri come tappa inevitabile: «l'obiettivo finale dello Stato associato è entrare a fare parte della Comunità».

Nel 1993 la situazione nella ex Jugoslavia e nei Balcani accresce i timori circa l'instabilità nell'Est e rende attuale quella riflessione sull'allargamento che l'Unione esitava ad affrontare in maniera esplicita. Le pressioni di alcuni Stati membri in quella direzione fanno il resto, come del resto la volontà "integrazionista" di Polonia e Ungheria, i due aspiranti più accreditati per dimensione geografica e spessore politico. Le rispettive domande d'adesione sono depositate nel 1994.

Al Consiglio europeo di Corfù (1992) l'Unione dichiara sostegno agli sforzi e alle riforme adottate da quei Paesi al fine di arrivare all'adesione. La decisione fondamentale sui criteri dell'adesione è presa a Copenaghen nel 1993 con la codificazione dei criteri di ammissibilità. Essi sono così classificabili: *politico*, che deve garantire la presenza di istituzioni stabili che siano a salvaguardia della democrazia, del primato dei diritti umani, del rispetto delle minoranze; *economico*, che vede l'esistenza di un'economia di mercato

vitale e capace di fare fronte alle pressioni concorrenziali; del rispetto dell'*acquis communautaire*, che riguarda la capacità ad assumere i propri obblighi e approvare gli obiettivi dell'Unione politica, economica e monetaria.

Il soddisfacimento dei criteri necessari all'adesione comporta per i candidati notevoli sforzi in termini di riforme e di adeguamento sociale. Durante gli ultimi dieci anni, l'Europa centro-orientale è stata sottoposta ad enormi prove. Oltre alle difficoltà della transizione democratica interna, vi è la necessità di integrarsi nelle strutture europee con costi complessivi in fatale crescita. Ne emerge felicemente l'ambiguità che pervade il progetto stesso di integrazione dell'UE.

Il nodo centrale è nel rapporto tra le due linee guida che hanno caratterizzato l'azione UE nei precedenti allargamenti, e cioè la dialettica fra ampliamento e approfondimento, e nella natura contraddittoria dei due processi, che possono aumentare le divergenze politiche ed i problemi istituzionali imminenti nell'Europa a Quindici. La condizionalità sancita a Copenaghen dimostra infatti che l'UE si comporta da attore unitario nel definire precetti inderogabili all'adesione di nuovi membri, attraverso l'affermazione dei principi di democrazia e legalità. Si tratta di criteri univoci ed uguali per tutti gli Stati che desiderino fare parte di una comunità di valori condivisi.

4. Dalla fase di preadesione all'adesione

Il vertice di Copenaghen decide "relazioni strutturate" di dialogo politico con i Paesi associati, attraverso consultazioni regolari su temi di interesse comune, nonché nuovi orientamenti sul programma PHARE, accompagnati da ulteriori stanziamenti per l'assistenza economica e finanziaria. La maggiore apertura del mercato interno è l'altra priorità. Le decisioni di Copenaghen danno il via libera alle domande di adesione, che i PECO depositano tra il 1994 e il 1996. Malta e Cipro l'avevano già fatto nel 1990; la Turchia addirittura nel 1987.

Gli obiettivi della «strategia di preadesione», approvati dal Consiglio europeo di Essen (1994), sono di stabilire un "piano di lavoro" per i Paesi associati che si candidano o intendono candidarsi all'entrata nell'Unione, ed una strategia globale che li avvicini ulteriormente attraverso forme più avanzate di cooperazione. I principali strumenti consistono nelle relazioni strutturate, nel programma PHARE, negli accordi europei.

Il vertice rileva pure l'importanza di allineare le legislazioni dei Paesi associati a quelle dell'Unione in vista della loro partecipazione al mercato interno al momento dell'adesione.

L'approfondimento reclama la sua parte: un quadro istituzionale nuovo da delineare attraverso i lavori della Conferenza intergovernativa che dovrebbe

tenersi prima dell'avvio dei negoziati di adesione, e cioè nel 1996. Nella fase di preparazione all'allargamento, l'UE stabilisce dunque due sviluppi paralleli: la strategia di preadesione che riguarda da vicino il recepimento dell'*acquis* nei vari settori comunitari e l'assistenza finanziaria; la CIG che dovrà occuparsi delle riforme necessarie a ridisegnare il profilo istituzionale dell'Unione.

La Conferenza è contemplata dall'art. N del TUE, secondo cui nel 1996 si terrà per esaminare «le disposizioni del presente trattato per le quali è prevista una revisione». La CIG, da chiudersi al Consiglio europeo di Amsterdam del 1997, ha il compito di rivedere numerose questioni istituzionali con riferimento a queste tematiche. Le questioni aperte riguardano l'estensione del voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio, l'equilibrio dei voti nel Consiglio a favore dei maggiori Stati membri, l'estensione dei poteri del Parlamento europeo, la possibilità di trasferire parti delle attività PESC e GAI al pilastro comunitario situandole così su una base autenticamente sovranazionale.

Solo in un secondo momento la questione dell'allargamento è contemplata nell'agenda CIG. Il Consiglio europeo di Cannes (1995) sottolinea la necessità di rivedere l'assetto istituzionale in vista delle nuove adesioni.

La Conferenza si apre a margine del Consiglio europeo di Torino (1996). Si conclude ad Amsterdam con l'adozione dell'omonimo Trattato. Da un punto di vista generale, il Trattato di Amsterdam è un elemento di revisione del TUE. Piuttosto che innovare radicalmente, introduce modifiche nel sistema legislativo e procedurale dell'Unione (estensione del voto a maggioranza qualificata, rafforzamento dei poteri del PE). Non risponde però adeguatamente all'esigenza di riformare le istituzioni. E l'allargamento non ne costituisce un elemento centrale.

Le conclusioni di Amsterdam riconoscono che il termine dei lavori della CIG permetterà «di avviare il processo di allargamento in conformità alle conclusioni di Madrid»; invitano il Consiglio Affari Generali ad esaminare accuratamente i pareri della Commissione sulle domande di adesione e la sua comunicazione *Agenda 2000*, di modo che i negoziati di adesione siano avviati il più rapidamente possibile dopo il dicembre 1997. La collocazione temporale dell'inizio dei negoziati non è quindi messa in discussione, ma rimane aperta la questione delle riforme istituzionali. Qualche progresso interviene. Si concorda un massimo di 700 seggi per il PE, oltre all'estensione del voto a maggioranza qualificata in alcuni ambiti del primo e del secondo pilastro (CE e PESC), mentre non si raggiunge alcun accordo in merito alle future dimensioni della Commissione né sulle procedure di voto in seno al Consiglio.

Le basi per la futura discussione su questi punti sono elencate nel protocollo D annesso al Trattato di Amsterdam «sulle istituzioni nella prospettiva dell'allargamento dell'Unione Europea». Il primo articolo fa riferimento alla necessità di modificare la ponderazione dei voti in seno al Consiglio, «tenen-

do conto di tutti i pertinenti elementi», con riguardo quindi alla composizione del collegio dei Commissari. La disposizione tende a compensare quegli Stati membri che dovrebbero rinunciare al secondo Commissario. Le decisioni di principio riguardanti le ulteriori riforme sono rinviate alla nuova Conferenza intergovernativa. Il secondo articolo del protocollo stabilisce che questa si terrà «almeno un anno prima che il numero degli Stati membri dell'Unione sia superiore a venti», e che procederà al «riesame globale delle disposizioni dei trattati concernenti la composizione e il funzionamento delle istituzioni».

5. *Segue: I negoziati di adesione*

La comunicazione *Agenda 2000: per un'Unione più forte e più ampia* è presentata dalla Commissione nel 1997. Oltre a contenere i pareri sulle domande di adesione, si prefigge di delineare il futuro delle principali politiche comunitarie e le prospettive finanziarie 2000-2006 in vista dell'ampliamento. Un documento di programmazione quindi, che cerca di affrontare la riforma delle politiche essenziali al processo di allargamento, quella agricola e quelle di coesione. *Agenda 2000* delinea inoltre il quadro finanziario entro il quale attuare le riforme, sottolineando l'importanza di alcuni criteri di base come il consolidamento degli sforzi in materia di bilancio, la maggiore concentrazione delle risorse, un'applicazione più rigorosa dei principi di semplificazione e decentramento, la buona preparazione all'inserimento dei nuovi membri.

I pareri sulle domande di adesione sono resi sulla base dei criteri di Copenaghen. Raccomandano di avviare una prima tornata di negoziati con cinque Paesi: Estonia, Ungheria, Polonia, Repubblica Ceca, Slovenia. Riguardo al criterio politico, fondato sul rispetto dei principi democratici e dei diritti umani, evidenziano che in tutti i PECO funzionano sistemi politici democratici basati su libere elezioni e sul rispetto delle libertà individuali.

L'avvio del processo di adesione comprende i cinque PECO e Cipro. Nel 1996 Malta ha sospeso la candidatura, per cui è esclusa dalle decisioni del processo lanciato a Lussemburgo. Il Consiglio europeo stabilisce la natura globale, inclusiva ed evolutiva dell'allargamento, e sottolinea che i Paesi candidati «sono chiamati a aderire all'Unione Europea sulla base di criteri identici e partecipano a pari condizioni al processo di adesione». L'adesione di nuovi membri si inserisce quindi nel quadro dell'attuazione dell'ex art. O del TUE (poi art. 49 nella versione consolidata), che oltre a costituire la base giuridica del processo, stabilisce che «ogni Stato europeo che rispetti i principi sanciti (...) può domandare di diventare membro dell'Unione». I principi in questione sono quelli dell'art. 6 del TUE: libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ritenuti «comuni a tutti gli Stati membri». Ancora una volta si sottolinea l'importanza di quella dimensione

"normativa" che fa riferimento all'esistenza di valori comuni a fondamento della Comunità-Unione e del processo di allargamento.

Il processo di allargamento comprende i dieci PECO e Cipro, che sono inseriti «in un dispositivo di inquadramento unico». I negoziati di adesione iniziano con sei candidati: Ungheria, Polonia, Cipro, Estonia, Repubblica Ceca, Slovenia. Le regole di procedura prevedono che le trattative si svolgano nel quadro di conferenze intergovernative individuali. Quanto ai contenuti, i negoziati servono a determinare le condizioni in cui ogni candidato aderirà all'Unione e si incentrano sui termini in base ai quali essi recepiscono ed attuano l'*acquis*. Le conclusioni di Lussemburgo stabiliscono infatti che «il recepimento dell'*acquis* dell'Unione sul piano legislativo è un elemento necessario ma non sufficiente, in quanto occorre parimenti garantirne l'applicazione effettiva».

I Consigli europei successivi a Lussemburgo sono tutti improntati all'accelerazione della nuova fase. Nel 1998, sia Cardiff che Vienna rilevano i buoni risultati raggiunti dallo *screening* dei capitoli oggetto di osservazione. Il vertice di Vienna in particolare determina che l'obiettivo è «di intensificare i negoziati nel corso del primo semestre del 1999», in vista del fatto che, proprio in quel periodo, l'esame analitico della legislazione dei Paesi esclusi passerà dalla fase multilaterale alla bilaterale. Il che dovrebbe imprimere «un nuovo slancio al processo, accelerando la preparazione dei negoziati».

Il Consiglio europeo di Berlino (1999) raggiunge un accordo globale sulle prospettive finanziarie delineate in *Agenda 2000*. Completa l'analisi delle proposte che la Commissione ha presentato nel 1998. Il pacchetto copre quattro settori reciprocamente connessi, che riguardano la riforma della PAC e dei fondi strutturali, gli strumenti di preadesione e il nuovo quadro finanziario. Oltre alla creazione di ISPA e SAPARD, il vertice stabilisce il relativo quadro finanziario raddoppiando gli aiuti a partire dal 2000. In linea con le decisioni di Lussemburgo e Cardiff, per il futuro quadro finanziario evidenzia «una chiara distinzione tra le spese che riguardano l'Unione nella sua composizione attuale e quelle riservate ai futuri Paesi aderenti, anche nella fase successiva all'allargamento». Le risorse per l'adesione possono essere utilizzate unicamente per coprire le spese conseguenti all'allargamento, e non devono riguardare le eventuali spese UE-15 né eventuali nuovi orientamenti degli aiuti preadesione. Il processo di allargamento deve quindi essere indipendente dalle possibili dinamiche interne all'UE-15 anche in campo finanziario. Le prospettive coprono il periodo 2000-2006, e sono «elaborate in base all'ipotesi di lavoro dell'adesione di nuovi Stati membri a decorrere dal 2002».

Il Consiglio europeo di Helsinki (1999) supera la distinzione tra primo e secondo gruppo di candidati. Decide pertanto la convocazione di conferenze governative bilaterali di adesione con Bulgaria, Romania, Lituania, Slovacchia, Lettonia e Malta (che nel frattempo ha scongelato la domanda). Riaf-

ferma il carattere inclusivo del processo, sottolineando le condizioni di uguaglianza che caratterizzano la partecipazione dei candidati. Riconosce alla Turchia lo *status* di candidato. La decisione prevede l'elaborazione di una strategia specifica di preadesione e di un partenariato, oltre alla partecipazione ai programmi comunitari.

Helsinki infine sottolinea l'importanza di allineare quanto più possibile il resto dei candidati a quelli che hanno già intrapreso il percorso dei negoziati. La decisione è essenzialmente politica e poco motivata dai risultati economici. Né le relazioni periodiche 1999 della Commissione né l'analisi dei progressi macroeconomici compiuti dal nuovo gruppo mostrano elementi tali da giustificarla. Lo scopo di fondo è di evitare ogni tipo di divisione interna e di incoraggiare tutti a dare impulso al recepimento dell'*acquis*. Gli sviluppi successivi dimostrano la bontà della tesi, ed in effetti Slovacchia, Lituania, Lettonia si avvicinano sensibilmente ai risultati del "gruppo di Lussemburgo".

6. Le politiche di coesione nell'UE-15

Gli squilibri sociali ed economici non penalizzano soltanto le regioni più povere o caratterizzate da forti problemi strutturali, ma finiscono con il rallentare l'Unione nel suo complesso. La coesione economica e sociale è e deve rimanere una priorità dell'Unione: una necessità tanto più impellente con l'adesione di nuovi Paesi caratterizzati da un livello di sviluppo assai differente. I nuovi membri vedono nella politica di adeguamento strutturale uno strumento concreto per stimolare le capacità di convergere economicamente e socialmente verso gli *standard* europei di benessere e stabilità. Il principio di solidarietà è indispensabile per raggiungere l'obiettivo della riduzione dei dislivelli di sviluppo, espressamente enunciato dall'art. 158 (ex art. 130 A) del Trattato CE, sia nell'Unione attuale che in quella allargata.

Il periodo di programmazione 2000-2006 assegna un terzo del bilancio comunitario, pari a 213 miliardi di EURO, alle politiche di coesione. In tal modo sia gli Stati membri, attraverso gli aiuti regionali, che l'Unione nel suo insieme possono ridurre il divario tra i livelli di sviluppo regionale, partecipando alla riconversione delle zone industriali in difficoltà, alla diversificazione delle campagne, alla valorizzazione dei quartieri urbani in crisi.

Il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) contribuisce alle regioni in ritardo di sviluppo, in fase di riconversione economica o con difficoltà strutturali. Partecipa al finanziamento delle seguenti misure: *a.* investimenti produttivi che permettano di creare o salvaguardare posti di lavoro durevoli; *b.* investimenti nel settore delle infrastrutture che contribuiscano, nelle regioni obiettivo 1, allo sviluppo, all'adeguamento strutturale, alla creazione e alla salvaguardia dell'occupazione, e, in tutte le regioni ammissibili, alla diversifi-

cazione, al rilancio, all'integrazione e al rinnovamento di aree economiche e comprensori industriali in declino, di aree urbane degradate, di zone rurali e di quelle dipendenti dalla pesca: questi investimenti possono anche riguardare lo sviluppo delle reti transeuropee nei settori dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia nelle regioni obiettivo 1; *c.* sviluppo del potenziale endogeno attraverso misure di sostegno alle iniziative allo sviluppo locale e all'occupazione nonché alle attività delle piccole e medie imprese: tali aiuti riguardano i servizi in favore delle aziende, il trasferimento di tecnologie, lo sviluppo di idonei strumenti di finanziamento, gli aiuti diretti agli investimenti, la realizzazione di infrastrutture zonali e gli incentivi alle strutture di servizi zonali; *d.* investimenti per l'istruzione e la sanità, unicamente nell'ambito dell'obiettivo 1.

L'iniziativa comunitaria INTERREG e le azioni innovatrici (studi, progetti pilota e scambi di esperienze) nel campo dello sviluppo regionale o locale sono finanziate unicamente dal FESR. Alle azioni innovatrici è riservata una dotazione di 400 MEURO, pari allo 0,4 dello stanziamento annuale assegnato al FESR. Il cofinanziamento può giungere fino all'80% dei costi nelle regioni obiettivo 1 e fino al 50% dei costi (o al 60% qualora le azioni innovative presentino un interesse comunitario) nelle regioni obiettivo 2.

Il Fondo sociale europeo (FSE) ha la missione di garantire la coerenza e la complementarità delle azioni intraprese al fine di migliorare il funzionamento del mercato del lavoro e lo sviluppo delle risorse umane. Sono cinque i settori d'intervento: *a.* lo sviluppo di politiche attive del mercato del lavoro per lottare contro la disoccupazione (compresa quella di lunga durata) e prevenirla, per facilitare il reinserimento sul mercato del lavoro dei disoccupati di lunga durata e per sostenere l'inserimento professionale dei giovani e delle persone che rientrano nel mercato del lavoro dopo un periodo di assenza; *b.* la promozione delle pari opportunità nell'accesso al mercato del lavoro, con una particolare attenzione nei confronti delle persone minacciate dall'esclusione sociale; *c.* la promozione e il miglioramento della formazione professionale, dell'istruzione e della consulenza nel quadro di una politica di formazione durante l'intero arco della vita; *d.* la promozione di una manodopera competente, preparata ed elastica, dell'innovazione e dell'adattabilità a livello dell'organizzazione del lavoro, nonché la promozione dello spirito d'impresa; *e.* misure specifiche volte a migliorare l'accesso e la partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

Il Fondo agricolo europeo di orientamento e garanzia (FEAOG) drena una quota considerevole del bilancio generale. La sezione "garanzia" finanzia misure di sostegno ai prezzi e le restituzioni alle esportazioni per garantire ai coltivatori prezzi stabili, le spese dell'organizzazione comune dei mercati agricoli, le misure di sviluppo rurale che accompagnano il sostegno dei mercati, le misure rurali non comprese nelle regioni obiettivo 1, alcune spese

veterinarie nonché le azioni intese a fornire informazioni sulla politica agricola comune. La sezione "Orientamento" finanzia altre misure di sviluppo rurale, concedendo sussidi per piani di razionalizzazione, modernizzazione e miglioramenti strutturali nell'attività agricola. A seguito di *Agenda 2000*, il regolamento di base del 1970 fu sostituito dal regolamento n. 1258/99 relativo al finanziamento della politica agricola comune, che mantiene il sistema decentrato di gestione delle spese previste dalla normativa comunitaria da parte degli organismi pagatori, in quanto solo le spese eseguite dagli organismi pagatori riconosciuti possono ottenere un finanziamento comunitario.

Lo Strumento finanziario di orientamento della pesca (SFOP) ha lo scopo di sostenere le azioni strutturali nel settore della pesca, dell'acquacoltura, della trasformazione e commercializzazione dei relativi prodotti, promuovere la ristrutturazione del settore creando le condizioni propizie al suo sviluppo e al suo ammodernamento e contribuire allo stesso tempo alla realizzazione degli obiettivi della politica comune della pesca. Il Fondo di coesione finanzia progetti nei settori dell'ambiente e delle reti transeuropee di trasporto, negli Stati membri aventi un PNL inferiore al 90% della media comunitaria.

Lo strumento di preadesione ISPA finanzia la preparazione dei Paesi candidati nei settori dell'ambiente e dei trasporti. In materia di ambiente, l'aiuto riguarda i progetti che consentono ai Paesi beneficiari di soddisfare i requisiti della legislazione comunitaria e dei partenariati. Nel settore dei trasporti, si tratta di un aiuto per finanziare infrastrutture di trasporto intese a promuovere metodi di spostamento durevoli, in particolare quelle che costituiscono progetti d'interesse comune, sulla base dei criteri stabiliti dalla decisione n. 1692/96 del Consiglio, e quelle che consentono ai Paesi beneficiari di conformarsi agli obiettivi dei partenariati.

Lo strumento agricolo di preadesione SAPARD agisce per favorire la ristrutturazione e lo sviluppo rurali. L'intervento comunitario deve essere anche in questo caso complementare ai corrispondenti interventi nazionali. I piani di sviluppo rurale dei Paesi candidati si estendono su un periodo non superiore a sette anni a decorrere dal 2000. Per il periodo 2000-2006, SAPARD dispone di 520 MEURO all'anno. Gli stanziamenti sono autorizzati nei limiti delle prospettive finanziarie e possono essere concessi sotto forma di anticipi, di cofinanziamento, di finanziamenti.

Malgrado l'ampia gamma di strumenti finanziari, le disparità regionali sopravvivono anche nell'Unione della moneta unica. Il reddito medio *pro capite* del 10% della popolazione che vive nelle regioni più ricche, è 2,6 volte maggiore di quello del 10% della popolazione delle regioni economicamente più svantaggiate. A titolo d'esempio, il prodotto interno lordo (PIL) per abitante del Lussemburgo è circa il doppio di quello della Grecia; Amburgo vanta un reddito per abitante maggiore di quattro volte rispetto a quello dell'Alentejo.

7. *Segue: le politiche di coesione nell'UE-27*

Il FESR ed in particolare l'obiettivo 1 restano prioritari per adeguare tutte le regioni il cui PIL medio *pro capite* è inferiore al 75% della media comunitaria. Tale soglia è applicata con scrupolo: per le regioni attualmente ammissibili all'obiettivo 1, ma che si trovano al di sopra del limite del 75%, si dovrà prevedere un'estinzione progressiva degli interventi (*phasing out*) durante un periodo transitorio. E questo vale anche per le regioni ultraperiferiche (i dipartimenti francesi d'oltremare, le Azzorre, Madera, le isole Canarie) e per le zone settentrionali a bassissima densità di popolazione, precedentemente coperte dall'obiettivo 6 (istituito con l'adesione di Austria, Finlandia, Svezia). L'obiettivo 1 dovrebbe allora interessare circa il 20% della popolazione totale dell'Unione.

Il nuovo obiettivo 2, che raggruppa i precedenti obiettivi 2 e 5b, mira a favorire la riconversione economica e sociale delle zone che presentano difficoltà strutturali ed altre zone con problemi di diversificazione economica. In queste categorie si trovano riunite zone in fase di trasformazione economica, aree rurali in declino, zone in crisi che dipendono dalla pesca, quartieri urbani in difficoltà. Si tratta di regioni accomunate da problemi strutturali che necessitano un'azione di riconversione economica, caratterizzate in generale da disoccupazione massiccia o da fenomeni di esodo e spopolamento. Questo obiettivo dovrebbe interessare al massimo il 18% della popolazione totale dell'Unione.

I criteri di ammissibilità per il nuovo obiettivo 2 sono stabiliti in base al tasso di disoccupazione, al livello di occupazione industriale, all'attività agricola ed alieutica, al grado di esclusione sociale. In applicazione del principio della semplificazione, ogni regione interessata è chiamata a realizzare un unico programma avvalendosi dell'intervento dei diversi fondi (FERS, FSE, FEOGA, SFOP). I criteri comunitari vengono applicati nell'ambito del partenariato con gli Stati membri e tengono conto delle singole priorità regionali, in modo da concentrare gli interventi nelle zone più colpite.

Il nuovo obiettivo 3, che integra i precedenti obiettivi 3 e 4, raggruppa tutte le azioni a favore dello sviluppo delle risorse umane al di fuori delle regioni interessate dall'attuale obiettivo 1. Si ispira ad un modello comune europeo, applicato però con sufficiente elasticità da potersi adattare alla molteplicità dei diversi sistemi nazionali nonché alle priorità e all'intensità d'intervento previste dagli Stati membri. Il risultato del dialogo con questi ultimi è di formulare programmi tali che le risorse siano concentrate in un insieme di misure realisticamente efficaci, in linea con gli orientamenti politici nazionali.

Con l'adesione i programmi dei fondi strutturali ed i progetti del fondo di coesione sostituiscono l'aiuto preadesione. Per i nuovi membri *Agenda 2000* ha proposto un tetto massimo non superiore al 4% del PNL degli Stati beneficiari, attuali e futuri. A differenza dei PECO, Cipro e Malta beneficiano di una strategia di preadesione specifica, basata sulla partecipazione ad alcune

azioni mirate (potenziamento della capacità amministrativa ed istituzionale, della giustizia e degli affari interni), sulla partecipazione ad alcuni programmi e ad alcune agenzie comunitarie, sull'assistenza tecnica del TAIEX.

La società dell'informazione è la nuova frontiera della strategia europea per l'occupazione ed è veicolo di coesione. Questi sono infatti gli obiettivi strategici globali fissati al Consiglio europeo di Lisbona (2000) e ribaditi a Stoccolma (2001) e Barcellona (2002): fare diventare l'Europa, entro il 2010, «l'economia, basata sulla conoscenza, più competitiva e più dinamica del mondo». Allo scopo la Commissione ed i Paesi candidati hanno adottato il piano d'azione *eEurope2003+*, con l'obiettivo di sostenere e accelerare l'avvento della società dell'informazione nei Paesi candidati.

Fra le riforme del 1988 e del 1999, l'Unione rafforza la politica di coesione in termini di risorse finanziarie in assoluto e in rapporto al bilancio comunitario nel suo insieme. La proposta iniziale della Commissione era di mantenere il livello raggiunto nel 1999 per l'UE-15 (0,46% del PIL) anche per il periodo 2000-2006. Il Consiglio europeo di Berlino stanziò 213 miliardi di EURO per le azioni strutturali dei Quindici, nonché un pacchetto di sostegno alla preadesione comprensivo delle somme riservate ai Paesi che aderiranno tra il 2002 e il 2006. L'insieme di queste decisioni corrisponde allo 0,45% del PIL dell'Unione allargata nel 2006 a 21. Ma lo scenario attuale dell'allargamento si rivela diverso da quello alla base della decisione di Berlino, perché contempla l'Unione allargata a 25.

Con l'allargamento le politiche di coesione hanno due diversi orizzonti temporali: quello delle vigenti prospettive finanziarie; quello delle nuove. Nella prima fase riguardano dieci nuovi membri, nella seconda fase dieci più due perché il Consiglio europeo di Bruxelles (2003) stabilisce che Bulgaria e Romania saranno integrate il 1° gennaio 2007. Il Consiglio Affari generali (2004) specifica che gli impegni per Bulgaria e Romania dovrebbero ammontare a 8.273 MEURO per il periodo 2007-2009 e che tale soglia andrà raggiunta in maniera progressiva (*phasing in*) per riflettere la loro effettiva capacità di spesa.

Nel febbraio 2004, la Commissione lancia un progetto politico di largo respiro approvando la comunicazione sulle prospettive finanziarie dal titolo *Costruire il nostro futuro comune: sfide e mezzi finanziari dell'Unione allargata 2007-2013*. L'Unione ha 450 milioni di cittadini, un quarto del prodotto mondiale, un primato nel commercio globale e nella cooperazione allo sviluppo. Ma si trova in una congiuntura poco propizia ad assumere decisioni ambiziose sul piano finanziario. L'allargamento significa l'aumento del 5% del PIL comunitario rispetto all'incremento del 30% della popolazione. I nuovi Stati membri hanno un reddito *pro capite* in media corrispondente al 47% di quello dell'UE-15, mentre quello di Spagna, Grecia e Portogallo era pari al 60% all'epoca delle loro adesioni. L'allargamento significa allargamento dei divari, e dunque della platea dei potenziali beneficiari delle politiche europee

in misura più che proporzionale rispetto all'aumento delle entrate del bilancio dell'Unione. In una congiuntura di scarsa crescita, gli obiettivi della strategia di Lisbona per fare dell'Unione l'economia più competitiva e dinamica rischiano di essere sospinti verso un avvenire incerto. D'altro canto, il rigore di bilancio si impone per rispettare il Patto di stabilità e crescita.

Alla comunicazione di febbraio la Commissione fa seguire proposte che identificano: *a.* una nuova articolazione del bilancio dell'Unione per il periodo 2007 - 2013; *b.* previsioni di spesa per ciascuna rubrica del nuovo bilancio; *c.* la conferma dell'attuale sistema delle risorse proprie; *d.* un nuovo meccanismo di rimborso generalizzato ai maggiori contribuenti netti; *e.* proposte legislative in materia di coesione, agricoltura e sviluppo rurale, pesca, reti transeuropee, istruzione e cultura, formazione, politica sociale e occupazione, relazioni esterne, ambiente, ricerca, sicurezza, giustizia e affari interni.

La Commissione articola il nuovo bilancio attorno alle priorità politiche che l'Unione dovrebbe perseguire nel periodo considerato. Realizzare un percorso di crescita sostenibile, fondato sulla competitività sulla coesione economica e sociale: è l'obiettivo della rubrica 1. Sviluppare il settore agricolo verso il mercato e la tutela ambientale: rubrica 2. Creare uno spazio di libertà, giustizia e sicurezza: rubrica 3. Rafforzare il ruolo dell'Unione sulla scena internazionale: rubrica 4.

La rubrica 1, per la quale la Commissione propone di passare dagli 8 miliardi di euro del 2006 ai 25 del 2013, contempla una sezione 1.b dal titolo *Coesione per la crescita e l'occupazione*. La scelta lessicale non è casuale. La Commissione sintetizza con la formula la sua visione per lo sviluppo dell'Unione nel periodo 2007 - 2013; visione che collega la politica regionale all'attuazione della strategia di Lisbona. La sezione 1.b riflette le conclusioni del *Terzo Rapporto sulla Coesione economica e sociale* che la Commissione ha pubblicato nel febbraio 2004. Crescita e coesione sono strettamente connesse. Per perseguire ambedue, la Commissione propone una dotazione finanziaria di 336 miliardi di euro, una cifra che sarà probabilmente ridimensionata dagli Stati membri alla fine dei negoziati.

Di pari passo con il nuovo quadro finanziario, dovrebbe procedere la riforma dei programmi a finalità strutturale. Anch'essi sono raggruppati per obiettivi: obiettivo convergenza, destinato alle Regioni in ritardo di sviluppo con un PIL *pro capite* al di sotto del 75% del PIL medio UE; obiettivo competitività regionale e occupazione, destinato ad aree, urbane e rurali, che fronteggiano cambiamenti economici, nonché ad azioni a sostegno della strategia europea per l'occupazione; obiettivo cooperazione territoriale, destinato alla cooperazione transfrontaliera e transnazionale.

Fra le altre rubriche del nuovo bilancio un posto di rilievo occupa quella dedicata alle relazioni esterne, che mira a fare dell'Unione un «partner globale».

La Commissione non propone modifiche all'attuale sistema di finanzia-

mento del bilancio UE. Gli Stati membri dovrebbero continuare a coprirlo con i contributi diretti, proporzionali al PIL nazionale, mentre il resto sarebbe assicurato dai dazi doganali e da un prelievo sull'IVA. Si riserva di proporre una tassa europea per il quadro finanziario 2014 - 2020. Nell'immediato vorrebbe generalizzare il meccanismo di correzione attualmente in vigore per il solo Regno Unito. La misura interesserebbe i Paesi che presentano il saldo negativo superiore allo 0,35% del PIL.

I negoziati sul nuovo quadro finanziario si concludono nel 2005, al solito animati dal dibattito fra gli Stati membri sostenitori del tetto globale di spesa, da una parte, e la Commissione e gli Stati membri beneficiari, dall'altra. I Paesi cosiddetti del rigore non vogliono che si superi l'attuale livello della spesa: 1% del reddito lordo comunitario, mentre la Commissione propone un livello di spesa media dell'1,14%. Essi lasciano intendere che i risparmi vanno effettuati sulla politica di coesione ed a carico dei tradizionali beneficiari nell'UE-15: Spagna, Italia, Portogallo, Grecia.

8. Il capitolo istituzioni nei negoziati d'adesione

Nel 2000, l'apertura delle trattative con tutti i candidati tranne la Turchia rilancia il dibattito sul calendario delle adesioni. Il Consiglio europeo di Helsinki si limita ad asserire che l'Unione dovrebbe «essere in grado di accogliere nuovi Stati membri a partire dalla fine del 2002», dopo la ratifica dei risultati della Conferenza intergovernativa e la conclusione del processo di negoziato in base alle capacità dimostrate dai candidati «di assumere gli obblighi inerenti all'adesione». La nuova CIG si concluderà nel dicembre 2000 e permetterà così di rispettare le previsioni per la chiusura dei negoziati delineate ad Helsinki.

L'agenda della CIG 2000 è definita in occasione del Consiglio europeo di Colonia. Le riforme istituzionali dovranno riguardare la composizione e le dimensioni della Commissione, la ponderazione dei voti in seno al Consiglio, l'estensione delle decisioni a maggioranza qualificata in seno al Consiglio, altre modifiche del Trattato relative alle istituzioni europee. La chiusura della CIG, in occasione del Consiglio europeo di Nizza, definirà il quadro istituzionale necessario all'ampliamento ed inaugurerà la sua ultima e decisiva fase.

La CIG si apre nel febbraio 2000, mentre la Presidenza portoghese avvia i negoziati con il resto dei candidati in base alle decisioni di Helsinki ed apre altri capitoli con il "gruppo di Lussemburgo". In ambito CIG i primi mesi di lavoro non fanno registrare progressi significativi perché si ripropongono le linee di divisione che hanno caratterizzato il precedente dibattito sulle riforme istituzionali culminato ad Amsterdam. Resiste il minimalismo di alcuni Stati membri riguardo all'approfondimento della costruzione europea, bilanciato dalla ricerca di una collaborazione più stretta tra gli Stati fondatori al fine di evitare i risultati limitati del 1997. Il dibattito riguarda da vicino i ruoli degli

Stati nazionali, la creazione di un'Europa "federale", il ruolo dell'UE come attore internazionale, la "costituzionalizzazione" dell'Unione.

Al Consiglio europeo di Nizza, riguardo alla nuova composizione della Commissione, la proposta di un numero inferiore di Commissari rispetto a quello degli Stati membri (nell'ipotesi di Unione allargata) trova l'opposizione degli Stati "piccoli" e "medi", decisi a non rinunciare al proprio "rappresentante"; la nuova ponderazione dei voti in Consiglio vede l'emergere di contrasti tra Francia e Germania. La richiesta tedesca di maggiore peso in termini di voti all'interno del Consiglio rispetto agli altri "grandi" Stati membri crea problemi. I risultati non rispettano le previsioni e sono tutto sommato modesti. L'estensione del voto a maggioranza qualificata non riguarda settori fondamentali come la politica fiscale e sociale, l'immigrazione, l'ambiente, la politica di coesione e dei fondi strutturali. In quest'ultimo ambito, di particolare rilievo per l'allargamento, le resistenze di beneficiari come la Spagna sono volte a rinviare a dopo il 2006 la *prise de décision* a maggioranza qualificata. Anche la politica estera e di sicurezza comune rimane legata a decisioni unanimi, in quanto la cooperazione rinforzata viene applicata solamente in ambiti ristretti e per l'attuazione di decisioni che debbono essere prese all'unanimità.

Alcuni progressi si registrano nell'ampliamento dei poteri del Presidente della Commissione e nell'ulteriore estensione della codecisione, che ormai vede il ruolo crescente del PE nella procedura legislativa. Le modifiche istituzionali relative alla composizione della Commissione, del PE e ai voti nel Consiglio sono inserite nel Protocollo sull'allargamento dell'Unione europea e nelle Dichiarazioni 20 e 21 annesse al Trattato di Nizza. A partire dal gennaio 2005, la composizione della Commissione dovrebbe vedere la presenza di un Commissario per Stato membro; solo in un'Unione a 27, il numero dei Commissari sarebbe minore rispetto a quello degli Stati membri, con la scelta dei Commissari attraverso una «rotazione egualitaria». La ponderazione dei voti in Consiglio crea un sistema di voto che stabilisce a 258 voti la soglia della maggioranza necessaria a deliberare; allo stesso tempo, gli Stati membri che costituiscono questa maggioranza dovrebbero rappresentare almeno il 62% della popolazione totale dell'Unione.

Si fa salva la volontà dell'Unione di procedere «all'intensificazione dei negoziati», in modo da delineare una tabella di marcia basata sul rispetto delle previsioni di Helsinki per «accogliere, a partire dalla fine del 2002, i nuovi Stati membri che saranno pronti, con la speranza che possano partecipare alle prossime elezioni del Parlamento Europeo nel 2004». La successiva Presidenza svedese segue queste indicazioni accordando priorità alla chiusura di un numero importante di capitoli dell'*acquis*. Il Consiglio europeo di Göteborg (2001) evidenzia i notevoli progressi: oltre due terzi dei capitoli sono stati provvisoriamente chiusi con alcuni candidati; si prevede di completare l'apertura di tutti i capitoli con il "gruppo di Helsinki".

Il Consiglio europeo di Laeken (2001) ribadisce il rispetto della tabella di marcia di Nizza e la volontà di concludere i negoziati entro il 2002. Approva le conclusioni cui la Commissione è giunta nella comunicazione *Portare al successo l'allargamento*, dove individua i dieci candidati pronti all'adesione, tutti tranne Bulgaria e Romania.

La Presidenza spagnola conferma la tabella di marcia: la conclusione dei negoziati entro l'anno, la firma del Trattato di adesione nel marzo 2003, l'entrata in vigore nel 2004, in tempo per la partecipazione dei nuovi Stati membri alle elezioni del Parlamento europeo. I dieci candidati prossimi all'adesione sono quelli della lista di Laeken. Demanda ai vertici di Bruxelles e Copenaghen (2002) la decisione circa le raccomandazioni della Commissione sui candidati che potranno aderire nella prima fase.

L'Unione deve adattare le istituzioni all'avvento dei nuovi membri. Il relativo capitolo dell'*acquis* comprende le disposizioni dei trattati riguardo alla composizione ed al funzionamento delle istituzioni e degli altri organi, la normativa secondaria riguardo agli altri organi, ai comitati, alle agenzie nonché l'*acquis* sui rapporti interistituzionali, la trasparenza, le lingue, gli statuti del personale e gli aspetti amministrativi del servizio pubblico europeo. Le riforme istituzionali necessarie all'allargamento sono state definite dalla Conferenza intergovernativa di Nizza. Il contenuto di quegli accordi va ora inserito nei negoziati di adesione per essere integrato nell'atto di adesione. Ecco perché la posizione comune si basa sulle conclusioni della Conferenza intergovernativa, ed in particolare: sulle disposizioni del Trattato di Nizza e dell'allegato Protocollo sull'allargamento dell'Unione europea, sulle clausole della Dichiarazione n. 20 sull'allargamento relativa alla ripartizione dei seggi in Parlamento, alla ponderazione dei voti al Consiglio, alla composizione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, sulle clausole della Dichiarazione n. 21 relativa alla soglia della maggioranza qualificata ed al numero di voti per una minoranza di blocco in un'Unione allargata.

Ma all'epoca il Trattato di Nizza è ancora in fase di ratifica. Il Consiglio europeo di Barcellona (2002) ribadisce che la procedura deve concludersi entro il 2002 per consentire all'allargamento di procedere secondo il programma. Il capitolo istituzioni ha di particolare che non necessita l'applicazione da parte dei candidati prima dell'adesione. I nuovi membri esercitano i loro diritti sulla stessa base degli altri Stati membri, attraverso la partecipazione alle istituzioni europee. Partecipano alle elezioni 2004 del Parlamento europeo come membri. Disposizioni transitorie sono prese riguardo alla ponderazione dei voti al Consiglio ed alla ripartizione dei seggi in Parlamento in vista delle successive elezioni, in quanto Nizza contemplò una unione di 27 membri anziché di 25, come emerso da Laeken.

La posizione comune riprende le cifre del Protocollo di Nizza e di conseguenza assegna 50 seggi parlamentari alla Polonia, 33 alla Romania, 20 alla Repubblica ceca, 20 all'Ungheria, 17 alla Bulgaria, 13 alla Slovacchia, 12 alla

Lituania, 8 alla Lettonia, 7 alla Slovenia, 6 all'Estonia, 6 a Cipro, 5 a Malta. Il numero totale dei seggi nell'Europa a 27 sarà di 732. Ma Repubblica ceca e Ungheria respingono la posizione comune perché ritengono di avere diritto ad un numero di seggi pari a quello dei vecchi membri delle stesse dimensioni. La posizione comune determina inoltre la ponderazione dei voti in seno al Consiglio: 27 alla Polonia, 14 alla Romania, 12 alla Repubblica Ceca, 12 all'Ungheria, 12 alla Bulgaria, 7 alla Slovacchia, 7 alla Lituania, 4 alla Lettonia, 4 alla Slovenia, 4 all'Estonia, 4 a Cipro, 3 a Malta. Il totale nell'Europa a 27 è di 345 voti. La posizione comune prevede infine che i nuovi membri abbiano un commissario ciascuno ed un giudice alla Corte di giustizia, al Tribunale di primo grado, alla Corte dei conti. Rappresentanti dei nuovi membri sederanno nel Comitato economico e sociale, nel Comitato delle Regioni, nel Comitato Euratom, nella Banca centrale europea, nella Banca europea degli investimenti, ed in altri Comitati ed Agenzie.

Il Consiglio europeo di Laeken (2001) adotta la Dichiarazione sul futuro dell'Unione europea sulla base della precedente Dichiarazione di Nizza. Il documento pone termine al metodo esclusivamente intergovernativo di revisione dei Trattati e convoca una Convenzione composta di delegati dei Governi, di rappresentanti dei Parlamenti nazionali, del Parlamento europeo, della Commissione. Riproduce in pratica il modello felicemente inaugurato con la Carta dei diritti fondamentali (2000), anch'essa elaborata dal nuovo organo denominato Convenzione.

La Dichiarazione si articola in tre parti. La prima, *L'Europa ad un crocevia*, mette l'accento sul ruolo dell'Unione in un mondo globalizzato: di una potenza che combatte risolutamente violenza, terrorismo, fanatismo e che iscrive la globalizzazione in un quadro etico di solidarietà e sviluppo sostenibile. Il cittadino europeo si attende "più Europa" in tutti quei settori in cui solo l'azione comune e non quella degli Stati individualmente può raggiungere risultati apprezzabili: sicurezza interna ed esterna, ambiente, occupazione, coesione economica e sociale. Il cittadino chiede inoltre trasparenza, efficienza amministrativa, minore burocrazia. Le politiche economiche vanno coordinate per il buon funzionamento del mercato interno e della moneta unica fino a realizzare il cosiddetto governo dell'economia.

La seconda parte, *Le sfide e le riforme in un'Unione rinnovata*, pone alla Convenzione le domande principali per rendere l'Unione più democratica, più trasparente, più efficiente. Il quadro di riferimento è ampio e va al di là dell'interpretazione letterale della Dichiarazione di Nizza. Il primo paragrafo riguarda la migliore ripartizione e delimitazione delle competenze in seno all'Unione. Non fa riferimento alla rifondazione delle stesse ma alla loro migliore delimitazione possibilmente in tre settori: esclusive dell'Unione, esclusive degli Stati membri, condivise. Il secondo paragrafo riguarda la migliore definizione delle competenze nell'ambito di un quadro rinnovato, al fine di

sviluppare una politica estera comune ed una politica di difesa più coerenti, di integrare maggiormente la cooperazione giudiziaria e di polizia, di coordinare al meglio le politiche economiche. Il paragrafo conclusivo è dedicato alla «costituzione europea» e parte dall'ipotesi minima di semplificare gli attuali Trattati a diritto costante. Chiede alla Convenzione di pronunciarsi circa la distinzione tra Unione e Comunità e circa l'articolazione in tre pilastri. La prospettiva di fondo è la "costituzionalizzazione": la suddivisione tra il Trattato di base ed i Trattati attuativi, rispettivamente soggetti a diverse procedure di revisione; l'inserimento della Carta dei diritti fondamentali nel Trattato di base.

L'ultima parte della Dichiarazione è dedicata alla «convocazione di una Convenzione sull'avvenire dell'Europa». La Convenzione è guidata da un Presidente e due Vice Presidenti e composta di 15 rappresentanti degli Stati membri, 30 dei parlamenti nazionali, 16 del Parlamento europeo, 2 della Commissione. I Paesi candidati all'adesione partecipano pienamente ai lavori con un rappresentante governativo e due del parlamento nazionale. Contribuiscono alle deliberazioni comuni ma non hanno la facoltà di impedire il consenso che si dovesse delineare fra gli Stati membri. Il Presidente della Convenzione presenta i risultati al Consiglio europeo, che insedia la Conferenza intergovernativa per tradurre in Trattato il progetto elaborato dalla Convenzione stessa.

Il vertice di Laeken nomina Valéry Giscard d'Estaing Presidente della Convenzione, Giuliano Amato e Jean-Luc Dehaene Vice Presidenti. La Convenzione apre i lavori il 28 febbraio 2002 nella sede di Bruxelles del Parlamento europeo. Conclude i lavori depositando al Consiglio europeo di Salonicco (2003) il *Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*.

9. Il Trattato di adesione come momento fondante della grande Europa

Il 16 aprile 2003 segna la nascita della grande Europa con la firma, ad Atene, del Trattato di adesione con i dieci futuri Stati membri. Dopo le ratifiche i nuovi Stati membri divengono tali il 1° maggio 2004.

Con il Trattato di adesione si conclude un unico accordo tra l'Unione e tutti i Paesi candidati. Esso si compone di tre articoli che riguardano: l'inclusione di Repubblica ceca, Estonia, Cipro, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, Slovenia e Slovacchia tra i membri dell'Unione europea e come parti dei Trattati su cui essa si fonda; la possibilità che il Consiglio dell'Unione modifichi i testi che compongono il Trattato di adesione nel caso che non entri in vigore nei confronti di uno o più degli Stati prima menzionati, qualora non sia da loro ratificato; il deposito dei testi convenzionali negli archivi del Governo della Repubblica italiana e l'obbligo per questo di rimettere a ciascuno dei firmatari copia autentica dei testi medesimi. Al Trattato è annesso l'Atto di adesione vero e proprio, che comprende le norme che forniscono contenuto giuridico agli obblighi reciproci assunti dai firmatari.

La prima parte dell'Atto contiene i principi concernenti le definizioni essenziali dell'Atto stesso e le relazioni tra gli obblighi di diritto internazionale e quelli che i candidati assumono mediante l'adesione. La seconda parte riguarda le modifiche di tipo istituzionale nell'ambito dell'applicazione del Trattato. La terza parte concerne gli adattamenti tecnici di tutti gli atti di diritto comunitario derivato attualmente vigenti (*acquis communautaire*). La quarta parte contiene le misure di carattere transitorio concernenti sia gli aspetti istituzionali sia gli aspetti di diritto materiale. La quinta parte infine concerne le previsioni sull'applicazione dell'Atto.

Il nucleo essenziale dell'Atto di adesione è contemplato nel cosiddetto corpo del Trattato, che confluisce nelle parti prima, seconda e quinta. Le modifiche più significative riguardano le istituzioni a cominciare dalla Corte di giustizia. A questa ed al Tribunale di primo grado sono assegnati dieci nuovi giudici in ragione di un giudice per ciascuno nuovo Stato membro. Il numero degli Avvocati Generali dovrebbe essere conseguentemente aumentato, nel rispetto del meccanismo di rotazione esistente per la loro nomina.

Il Parlamento europeo della legislatura 2004-2009 contiene 732 seggi, che rappresentano il numero dei seggi fissati in base alla dichiarazione del Trattato di Nizza ed alla redistribuzione pro-quota dei 50 seggi non coperti da Bulgaria e Romania. Repubblica ceca e Ungheria ricevono 3 seggi aggiuntivi di modo che ne hanno un numero pari a quello dei membri attuali con la stessa popolazione. Dal 1° novembre 2004 si modifica il sistema della *prise de décision* in seno al Consiglio. Gli atti che possono essere adottati a maggioranza qualificata richiederanno almeno 232 voti su 321. Uno Stato membro potrà chiedere di verificare se i 232 voti rappresentino almeno il 62% della popolazione totale dell'Unione. La Commissione attuale cessa il 31 ottobre 2004, con due mesi di anticipo rispetto alla scadenza naturale. Dal 1° maggio 2004 integra 10 nuovi Commissari. Dopo le elezioni 2004, il Parlamento europeo approva la nomina del nuovo Presidente della Commissione e degli altri componenti del collegio (in tutto 25), che entrano in carica il 1° novembre 2004. Le lingue ufficiali dell'Unione comprendono le nuove lingue nazionali: ceco, estone, lettone, lituano, ungherese, maltese, polacco, sloveno, slovacco.

L'acquis Schengen è inserito nel Trattato di adesione con alcune norme particolari. L'art. 3 dell'Atto prevede infatti il generale principio di applicazione dell'*acquis Schengen*, integrato nell'Unione tramite il Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Amsterdam e conformemente alle decisioni n. 1999/435 e n. 1999/436, attuative della cosiddetta ventilazione dello stesso *acquis*. All'*acquis* così definito va ricondotta una lista di atti che non creano problemi riguardo alla loro automatica applicabilità ai nuovi Stati membri (lista positiva) e che vengono inseriti in un apposito allegato al Trattato. Il punto 2 del citato art. 3 si riferisce ad atti adottati dagli Stati nel quadro della cooperazione internazionale instaurata con l'Atto di Schengen, ma non ancora applicabili

e suscettibili di essere resi applicabili nei nuovi Stati membri tramite decisione adottata in seno all'Unione a questo unico scopo. Per tali atti, l'Atto di adesione predispone un apposito meccanismo per verificare che in un nuovo Stato membro sussistano tutte le condizioni minime che consentano l'effettiva applicabilità delle disposizioni in questione.

Il settore delle relazioni esterne è analogamente colpito dalle nuove disposizioni. Tutti i futuri Stati membri sono tenuti ad applicare l'*acquis* dalla data di adesione. Sono obbligati a ritirarsi da qualsiasi accordo di libero commercio con Paesi terzi, con effetto dalla stessa data e, nel caso che gli accordi tra uno o più dei nuovi membri da una parte ed uno o più Stati terzi dall'altro non siano compatibili con gli obblighi della partecipazione all'Unione, dovranno prendere le misure necessarie per eliminare le incompatibilità, adattando o annullando gli accordi medesimi.

Il Trattato predispone meccanismi transitori, su cui la Commissione è chiamata a vigilare, grazie ai quali alcune regole dei Trattati o dell'*acquis* possono essere sospese dall'entrata in vigore del Trattato di adesione per e in ciascuno nuovo membro. Il Trattato contempla tre clausole di salvaguardia: una generale economica che riproduce quella del precedente Trattato di adesione; una specifica per il mercato interno; una specifica per gli affari interni e di giustizia (GAI). La clausola generale copre qualsiasi settore economico, sia negli attuali che nei nuovi membri. La clausola mercato interno copre tutte le politiche settoriali relative ad attività economiche con effetti transfrontalieri. La clausola GAI copre il mutuo riconoscimento nell'area del diritto penale e civile. Le due ultime possono essere applicate dagli Stati membri attuali e solo nei confronti dei nuovi membri. Misure di salvaguardia possono essere prese in virtù di tali clausole entro un periodo di tre anni dall'adesione, ma possono rimanere in vigore anche dopo. Qualsiasi clausola di salvaguardia non può comunque essere mantenuta più a lungo dello stretto necessario e deve essere proporzionata per ambito e durata.

10. Dimensione regionale e Costituzione

Il progetto di Costituzione assume la dimensione regionale come chiave della coesione. In seno alla Convenzione, il gruppo di lavoro sull'Europa sociale evidenzia le due diverse impostazioni che si fronteggiano dai primi anni Novanta, dal dibattito sul Protocollo sociale allegato al Trattato di Maastricht. La prima difende il modello europeo rispetto a quello americano, ma ritiene che si debba anzitutto puntare sulla competitività del sistema, che produrrà fatalmente benefici sociali. La seconda assume l'economia sociale di mercato come modello della crescita europea nonché come strumento per garantire lo sviluppo economico.

La Convenzione trova infine il consenso intorno alla proposta di inserire,

tra i valori e gli obiettivi dell'Unione, la dignità umana, la giustizia sociale, la solidarietà, il perseguimento del pieno impiego, la coesione economica, sociale, territoriale, le pari opportunità. Il consenso riguarda pure l'inopportunità di modificare la vigente ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri nel settore sociale, sanità a parte, poiché le innovazioni introdotte dall'Atto unico al Trattato di Nizza hanno prodotto un accettabile equilibrio.

Nella grande Europa molti Stati membri tendono a decentrare per accrescere le responsabilità delle autonomie locali in materia di formulazione delle legislazioni e delle politiche europee nonché della loro esecuzione e del loro controllo. Il fenomeno è pure registrato dal Parlamento europeo nella risoluzione sul ruolo dei poteri regionali e locali nella costruzione europea. Il Parlamento rammenta che esso origina dalle diversità culturali ed istituzionali degli Stati membri e che la Dichiarazione di Laeken indica tali diversità come valore aggiunto del processo di integrazione.

La Commissione propone di inserire alcuni indici di diversità nella Costituzione per assicurare una Europa unita ma non uniforme. Anzitutto prevedere una clausola che garantisca il rispetto dell'organizzazione territoriale di ogni Stato membro. Poi consultare gli enti locali durante le fasi di elaborazione ed attuazione degli atti legislativi e dei programmi. Infine attuare un'ambiziosa politica di coesione territoriale per favorire l'integrazione dell'Unione dopo l'allargamento. Lungo la stessa linea, i membri italiani della Convenzione propongono unitariamente di inserire nella Costituzione il riconoscimento delle «forme di autonomia e decentramento territoriale esistenti» al fine di promuoverne la partecipazione «alla vita dell'Unione anche attraverso la valorizzazione delle loro specificità».

Prende così corpo l'ampia intesa su punti importanti per la legittimità democratica dell'Unione allargata e per la vicinanza ai suoi cittadini. Il tema generale dell'*Europe de la proximité* acquisisce autorevoli sostenitori.

Pietro Calamia nota che il dato rilevante del Consiglio europeo di Copenaghen (2002) sta «nella riunificazione dell'Europa occidentale con quella centrale ed orientale (in attesa del completamento con Romania, Bulgaria, i restanti Paesi dell'area balcanica e dell'adesione della Turchia) (...) e nel definitivo superamento della divisione dell'Europa, seguita all'immensa tragedia della seconda guerra mondiale»⁸. Nei decenni seguiti al conflitto, l'Europa occidentale aveva superato i nazionalismi per ricostruire il continente intorno ad un modello senza precedenti: non attraverso conquiste militari «né intorno ad un Federatore», ma grazie ad una costruzione che si è fatta progressivamente con metodo democratico, tra difficoltà, periodi di stasi e di accelerazioni. I sessanta anni di pace europea ne sono la testimonianza.

⁸ P. CALAMIA, *L'ampliamento dell'Unione europea*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 2003, p. 13.

L'allargamento ha allora e soprattutto un significato politico che mette in secondo piano i problemi di natura economica e sociale che pure si presentano alla grande Europa. Il primo banco di prova mostra tuttavia divergenze. Rispetto alla seconda guerra del Golfo (2003), vecchia e nuova Europa (secondo una classificazione semplicistica quanto inesatta) si dividono: la prima si schiera per il multilateralismo ONU, la seconda sostiene l'unilateralismo americano. In realtà la linea di divisione passa trasversalmente fra attuali e nuovi Stati membri, e soltanto a fatica gli uni e gli altri cercano di ricucirla con il comune impegno per la gestione del dopoguerra. Ma certo il problema si pone e gli effetti si riverberano sulle relazioni transatlantiche.

Per il continente ed i Paesi limitrofi la Commissione propone la visione organica dei *rings of friends*, i nuovi vicini orientali e meridionali, che circondano l'Unione senza accerchiarla nell'ambito della politica di vicinato. Bisogna creare un'area di pace e stabilità basata «su valori politici condivisi come lo stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e dei principi democratici». Una zona di prosperità che si costruisce sull'apertura dei mercati, sullo sviluppo sostenibile, sul progresso sociale, culturale, umano, fondato «sulla tolleranza reciproca fra culture e civiltà e sullo sviluppo delle società civili».

Ma i nuovi vicini sono entità differenziate sotto vari profili. L'est europeo vede la presenza ingombrante della Russia, che alcuni vedrebbero in prospettiva come nuovo Stato membro e tutti comunque vorrebbero più vicina all'Unione in forme da valutare. Vede pure la presenza di altri Stati ex-sovietici come Ucraina, Moldova, Belarus. Con quei Paesi l'Unione ha rapporti convenzionali deboli se non nulli (Belarus), ancora retaggio della prima fase (anni Novanta) della *Ostpolitik* della Comunità. Il sud allinea Paesi geograficamente non europei e dunque formalmente non ammissibili alla casa comune come membri. Con alcuni del Maghreb la Comunità-Unione ha intese di vecchia data che, con la strategia di Barcellona, si sono evolute in accordi euromediterranei di associazione. Con altri del Mashrak i rapporti sono più problematici perché condizionati dal processo di pace in Medio Oriente.

Si precisa allora la nozione di nuovo regionalismo, che valica i confini degli Stati nazionali e delle regioni "interne". Emerge l'esigenza di differenziare la politica di vicinato secondo le aree e secondo i Paesi. È una difficile operazione di geometria variabile, che deve contemplare momenti di unità e momenti di varietà. È la prova che attende l'Europa allargata se vuole essere protagonista nei confronti delle aree con cui collabora per ragioni di geografia e storia.

Cosimo Risi*

* Con la collaborazione di ALESSIA DI GREGORIO per i paragrafi 6 e 7 e di SANDRA FERRARI per i paragrafi 4 e 5.

Diplomatico al Ministero degli affari esteri - Docente di Relazioni Internazionali all'Università degli Studi di Salerno.

SI PUBBLICANO, QUI DI SEGUITO, LE SINTESI DELLE TESI DI DOTTORATO DI RICERCA DI MARCO BORRACCETTI, DAVIDE DIVERIO, ELISA FONTANA ED EMANUELA RADIGHIERI DISCUSSE NELL'AMBITO DEL XV CICLO DI DOTTORATO IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA PRESSO L'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA.

IL RUOLO DELL'AVVOCATO GENERALE NEL SISTEMA GIURISDIZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA

La ricerca ha avuto per oggetto la figura ed il ruolo dell'Avvocato Generale nell'organizzazione del sistema giurisdizionale comunitario e, in particolare, innanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee. Dopo una breve premessa di carattere storico, diretta a comprendere le ragioni che hanno portato all'istituzione di tale figura, sono state esaminate le caratteristiche della sua partecipazione all'attività giurisdizionale comunitaria, osservando una distinzione tra gli interventi di iniziativa e quelli sollecitati dalla Corte di giustizia, nonché suddividendo gli interventi nell'ambito del processo vero e proprio (c.d. endoprocedimentali), da quelli che possono definirsi esterni ad esso (c.d. esoprocedimentali).

Successivamente, si sono approfonditi il ruolo del Primo Avvocato Generale e le peculiarità della partecipazione dell'Avvocato Generale innanzi al Tribunale di primo grado, attraverso un parallelismo tra il sistema attualmente in vigore e quello precedente al Trattato di Nizza. Così facendo, si sono potute compiere delle osservazioni critiche sul ruolo assegnato sin d'ora al Primo Avvocato Generale, nonché evidenziare quali potrebbero essere i problemi futuri della possibile impugnazione di alcune sentenze del Tribunale da parte di questi, atteso che ci si troverebbe in una situazione che potrebbe giungere a minacciare un principio fondamentale qual è quello della certezza del diritto. Si è così sollevato anche il problema degli effetti di queste particolari sentenze di riesame, illustrando le conseguenze che possono essere riconducibili ad una scelta nel senso di un ricorso nell'interesse della legge oppure qualora si ipotizzasse un ulteriore grado di giudizio.

In una successiva seconda parte della tesi, viene svolto un lavoro di taglio comparatistico, finalizzato all'individuazione di quei soggetti, appartenenti ad alcuni ordinamenti giurisdizionali, cui potrebbero essere ricondotti figura e ruolo dell'Avvocato Generale. Il criterio di scelta è riconducibile, in tal caso,

tanto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quanto a ragioni storico-istituzionali ed alle posizioni dottrinali che hanno riguardato – sia pure per cenni – l'argomento.

Infine, una terza parte risulta dedicata al rapporto con i principi dell'equo processo previsti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ed oggetto di discussione nell'ultimo recente biennio, sia da un punto di vista accademico che da quello giurisprudenziale. Lo studio, in questa parte, consiste in un *excursus* sulla problematica del principio dell'equo processo con particolare riferimento al principio del contraddittorio ed al più generale diritto di difesa: viene analizzata la giurisprudenza *Vermeulen* della Corte europea dei diritti dell'uomo e discussa la sua possibile applicazione al processo comunitario, anche in considerazione dell'ordinanza *Emesa Sugar* e delle conclusioni nella causa *Kaba II*, con le quali la Corte e l'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo hanno rigettato la richiesta – formulata dalla parti – finalizzata a vedere riconosciuto il diritto a compiere osservazioni sul contenuto delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

Anche in tal caso, non ci si è limitati a compiere una ricognizione generale e ad osservare le differenti posizioni assunte dalla Corte di giustizia e da parte della dottrina, ma sono state ipotizzate una serie di soluzioni che potrebbero risultare idonee alla soluzione del caso. Nel fare questo, viene anche sollevato il problema che potrebbe derivare alla Corte dall'eventuale adesione dell'Unione europea alla CEDU, così come sollecitato dall'art. 7 del progetto di Costituzione europea. In specie, ci si spinge sino ad ipotizzare un atteggiamento dei giudici caratterizzato da un parallelismo con principi emersi in altre sentenze della stessa istanza comunitaria e riguardanti il rapporto con altre organizzazioni internazionali quale, ad esempio, l'organizzazione mondiale del commercio (WTO), ove si afferma l'incompetenza a decidere su questioni derivanti da principi contenuti in accordi internazionali.

L'ultima parte, dedicata a delle osservazioni che hanno per oggetto l'effettiva influenza delle conclusioni degli Avvocati Generali sulla giurisprudenza comunitaria con particolare riferimento ad alcune cause di rilievo, conclude il lavoro dal quale emerge il pensiero teso a sottolineare l'importanza del ruolo e della figura dell'Avvocato Generale nella soluzione delle cause discusse innanzi alla Corte di giustizia; una figura che, alla luce delle nuove competenze che potrebbero essere devolute al Tribunale di primo grado dopo l'entrata in vigore del Trattato di Nizza, potrebbe svolgere efficacemente la propria opera anche innanzi alla seconda istanza giurisdizionale comunitaria.

Marco Borraccetti

LA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI NELLE RELAZIONI ESTERNE DELLA COMUNITÀ EUROPEA

La tesi in oggetto mira a fornire un quadro dell'estensione e della conseguente attuazione della competenza comunitaria in materia di libera circolazione dei servizi.

Dopo aver presentato, nelle sue linee essenziali, la disciplina internazionale vigente in materia, costituita dal c.d. GATS – l'allegato all'accordo OMC specificamente dedicato ai servizi – mettendone in evidenza, in particolare, le norme dotate di immediata efficacia precettiva ed il sistema generale di funzionamento, si sottolinea l'analogia esistente fra gli strumenti di liberalizzazione impiegati in sede multilaterale ed in sede comunitaria evidenziando tuttavia la portata differente dei risultati cui essi in concreto conducono nei rispettivi ambiti di applicazione.

Viene poi indagato il tema dell'autonomia negoziale della CE nelle materie interessate dall'accordo GATS. La particolare natura di tale regolamentazione, caratterizzata dalla possibilità di apporre consistenti deroghe ai suoi principi generali, consente alla CE di conservare un ambito di intervento autonomo, ma concorrente rispetto alle misure prese a livello del quadro multilaterale, che concerne, essenzialmente, quei servizi (*in primis* quelli legati all'audiovisivo) per i quali essa ha rinunciato ad intraprendere una liberalizzazione nel contesto OMC. Negli altri casi, diversamente, la CE resta pur sempre in grado di negoziare e concludere, perfino con Stati parti dell'OMC, accordi bilaterali in tema di servizi ma con la necessità di ricondurre tali accordi nel sistema GATS (a cui quindi restano subordinati e vincolati tanto nelle modalità di conclusione quanto nel contenuto), alla stregua di «accordi di integrazione economica regionale» ai sensi del suo art. V.

La tesi procede poi ad esaminare se, sul piano interno, la CE abbia adottato discipline incidenti su situazioni non puramente interne all'ordinamento comunitario, per verificarne la coerenza con gli impegni assunti in sede GATS. Da un lato, ampio spazio viene dato all'esame di due proposte di direttiva della Commissione che direttamente contemplano la disciplina di prestatori di servizi, cittadini di Paesi terzi. Di esse vengono analizzati i presupposti

fattuali e giurisprudenziali, le basi giuridiche, gli strumenti previsti (in particolare la c.d. «carta CE di prestazione di servizi») ed il loro rapporto, ritenuto di compatibilità, con le norme OMC. Dall'altro, soffermandosi sulla regolamentazione interna dei servizi finanziari, è posto in rilievo come discipline esclusivamente comunitarie diventino in concreto rilevanti anche sul piano del GATS nella veste di deroghe ai principi generali che tale accordo prevede. In questo senso, dunque, può concludersi che la misura della liberalizzazione concessa dalla CE e dai suoi Stati membri in tale ambito sia strettamente legata al contenuto della propria disciplina interna, la quale, imponendo, direttamente o indirettamente, lo stabilimento all'interno della Comunità del prestatore di un Paese terzo, vanifica di fatto una vera e propria liberalizzazione da parte della CE.

Infine, fra l'esame del profilo internazionale e l'esame del profilo interno, un approfondimento è dedicato alla natura della competenza comunitaria esterna in materia. In primo luogo, si ripercorrono le revisioni cui è stata sottoposta la relativa base giuridica (attualmente l'art. 133 del Trattato CE), a partire dal Trattato di Amsterdam fino al progetto di Trattato-Costituzione, per evidenziare il riparto di competenze sussistente sul punto fra Comunità e Stati membri. In secondo luogo, vengono sottolineati gli effetti dell'esercizio di tale competenza, soffermandosi, attraverso il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia e alle conclusioni degli Avvocati Generali relative all'accordo OMC (queste ultime, peraltro, spesso non del tutto seguite dai giudici di Lussemburgo), sul tema dello *status* di tali norme all'interno dell'ordinamento comunitario.

Davide Diverio

**I RICORRENTI NON PRIVILEGIATI NEL GIUDIZIO
DI ANNULLAMENTO. L'EVOLUZIONE DELLA
GIURISPRUDENZA COMUNITARIA RELATIVA ALL'ART. 230,
COMMA 4, ULTIMA PARTE, DEL TRATTATO CE**

1. Nelle Conclusioni presentate nel caso *UPA*¹, l'Avvocato Generale Jacobs ha puntualizzato il problema dell'effettiva tutela giurisdizionale nei seguenti termini:

«Tale principio, come la Corte ha più volte ribadito, deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Inoltre, la Carta sui diritti fondamentali dell'Unione europea, anche se priva di forza vincolante, sancisce un principio generalmente riconosciuto dichiarando all'art. 47 che "ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice" (punto 39). A mio avviso, però, i ricorsi promossi dinanzi ai giudici nazionali non sono in grado di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva ai singoli che intendano contestare la validità degli atti comunitari (punto 40). Occorre ricordare, innanzitutto, che i giudici nazionali non possono dichiarare l'invalidità di un atto di diritto comunitario [...]. La competenza rigidamente limitata dei giudici nazionali nelle cause aventi ad oggetto la validità degli atti comunitari contrasta con l'importanza del ruolo che essi svolgono nelle cause riguardanti l'interpretazione, l'applicazione e l'esecuzione del diritto comunitario. In queste cause, come la Commissione ha affermato in udienza, il giudice nazionale può essere definito come il giudice ordinario di diritto comunitario. Questa definizione non è però adatta per le cause in cui non vengono sollevate questioni attinenti all'interpretazione, ma soltanto alla validità degli atti comunitari, poiché in questo tipo di cause il giudice nazionale non è competente a decidere la questione (punto 41). Inoltre, il principio dell'effettiva tutela giurisdizionale esige che i ricorrenti possano adire un

¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale F. G. Jacobs, in causa n. C-50/00 P.

giudice che abbia il potere di concedere loro rimedi in grado di tutelarli contro gli effetti di atti illegittimi (punto 42)».

Si trattava dell'appello proposto da un'associazione di agricoltori (l'UPA) contro l'ordinanza del Tribunale di primo grado che dichiarava manifestamente irricevibile per difetto dell'interesse individuale il ricorso di annullamento da essa presentato contro un regolamento del Consiglio che emendava in modo sostanziale l'organizzazione comune del mercato dell'olio d'oliva.

Le Conclusioni dell'Avvocato Generale sono importanti perché mettono decisamente in primo piano un argomento che la giurisprudenza precedente non aveva sempre tenuto presente.

2. La tutela giurisdizionale ha trovato un perdurante ostacolo nelle condizioni alle quali l'art. 230, comma 4, del Trattato CE e la giurisprudenza su di esso sedimentata hanno subordinato il *locus standi* dei privati: l'interesse individuale e la natura decisionale dell'atto impugnato.

Per quanto riguarda quest'ultimo punto, per circa quarant'anni si è fatto ricorso a vari stratagemmi al fine di aggirare lo sbarramento eretto dall'art. 230, comma 4, del Trattato CE, senza tuttavia mai giungere a superarlo: senza mai giungere, in altre parole, ad ammettere l'impugnabilità delle misure di natura autenticamente regolamentare in assenza di qualche argomento di ricalzo (a questo risultato la Corte è arrivata solo con i casi *Extramet*² e *Codorniu*³).

La Corte di giustizia ha così concesso che un atto, che nel complesso ha natura di regolamento, possa contenere delle disposizioni di carattere decisionale passibili di ricorso ex art. 230, comma 4, del Trattato CE⁴.

Sulla base di una variante di questa soluzione, i privati sono stati anche ammessi ad impugnare dei regolamenti che in realtà costituivano fasci di decisioni individuali⁵.

Vi è poi la teoria dell'ibrido propugnata dall'Avvocato Generale Warner⁶ ma mai fatta propria in maniera decisa dalla Corte.

² Sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 1991 in causa n. C-358/89, *Extramet Industrie SA c. Consiglio delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2501.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1994 in causa n. C-309/89, *Codorniu SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 853.

⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 14 dicembre 1962, in cause riunite n. 16/62 e n. 17/62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e altri c. Consiglio della Comunità economica europea*, in *Raccolta*, 1962, p. 877; del 13 marzo 1968 in causa n. 30/67, *S.P.A. Industria Molitoria Imolese ed altri c. Consiglio delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1968, p. 156: «Pur costituendo nel suo insieme un regolamento, a norma dell'art. 189 [ora art. 249] 2° comma, del Trattato CEE, un atto può contenere provvedimenti presi nei confronti di determinate persone così da individuarle ai sensi dell'art. 173, 2° comma [ora art. 230, 4° comma] del Trattato».

⁵ Un'ipotesi del genere ricorre nella sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1971 in cause riunite nn. 41-44/70, *NV International Fruit Company ed altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1971, p. 411, e nella sentenza del 6 novembre 1990 in causa n. C-354/87, *Weddel & Co. BV c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3847.

⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale J. P. Warner in causa n. 113/77, in *Raccolta*, 1979, p.

3. All'inizio dell'evoluzione giurisprudenziale sulla questione dell'interesse individuale si registra la sentenza *Plaumann*⁷ dove la Corte ha escluso l'esistenza dell'interesse in quanto il ricorrente era colpito dal provvedimento impugnato in virtù di una circostanza inidonea a distinguerlo dalla generalità degli operatori economici e ad identificarlo alla stregua del formale destinatario di tale provvedimento: il fatto di praticare un'attività commerciale che chiunque avrebbe potuto svolgere in qualunque momento.

Nei suoi presupposti la sentenza *Plaumann* si presta a numerose critiche. È soprattutto la scelta del momento rilevante per giudicare la sussistenza dell'interesse individuale, scelta ancorata dalla Corte ad un momento futuro e incerto, a suscitare dubbi. Meglio sarebbe stato optare per la data dell'emanazione dell'atto impugnato, o per quella in cui il ricorso è stato intentato.

Si aggiunga che il *test* seguito dalla Corte delle circostanze e delle qualità personali idonee a «identificare il ricorrente alla stessa stregua dei destinatari» soffre di un vizio logico, in quanto il ricorrente "autorizzato", secondo il ragionamento della Corte, non potrebbe essere che uno Stato (dato che nella fattispecie il destinatario della decisione impugnata era lo Stato tedesco). Senonché uno Stato non avrebbe bisogno di infilarsi tra le maglie dell'art. 230, comma 4, del Trattato CE poiché gli Stati sono ricorrenti privilegiati (e, anche se non lo fossero, ciascuno di essi potrebbe avere una propria normativa doganale diversa da quella della Germania).

Considerati i caratteri specifici della fattispecie, era giusto – questa è la domanda che mi sono posta fin dall'inizio ripercorrendo il cammino della Corte – considerare la formula *Plaumann* come un baluardo inespugnabile?

La formula condizionava la legittimazione attiva all'esigenza che il ricorrente non privilegiato versasse in una situazione analoga a quella del formale destinatario dell'atto impugnato. Seguendola, la Corte di giustizia si è attenuta ad un'interpretazione troppo rigida dell'art. 230, comma 4, del Trattato CE il quale, senza esigere che il ricorrente si trovi in una situazione analoga a quella del formale destinatario del provvedimento controverso, si limita a richiedere che ne sia colpito in maniera individuale.

La formula *Plaumann* ha circoscritto in misura considerevole le possibilità per i singoli di intentare dei ricorsi contro gli atti non indirizzati ad essi, ma non ha illuminato in maniera chiara e precisa il percorso che deve seguire l'interprete e, in ogni caso, ha avuto un effetto frenante sul riconoscimento del diritto del cittadino comunitario ad una protezione giudiziaria effettiva.

1249. L'espressione "ibrido" era già stata impiegata in un'accezione leggermente diversa dall'Avvocato Generale K. Roemer in causa n. 6/68, *Zuckerfabrik Watenstedt c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1968, p. 552.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1963 in causa n. 25/62, *Plaumann & Co. c. Commissione della Comunità economica europea*, in *Raccolta*, 1963, p. 195.

In tutto il corso della tesi ho cercato di porre in rilievo l'"influsso negativo" che la sentenza *Plaumann* ha avuto su tutta la giurisprudenza successiva.

4. In controtendenza rispetto alla giurisprudenza tradizionale si pone la sentenza *Codorniu* che ha aperto il ricorso anche contro gli atti di natura autenticamente normativa e nel medesimo tempo ha interpretato la formula *Plaumann* in maniera più liberale ed innovativa. E' stato così riconosciuto il *locus standi* di un produttore di vini spagnolo il quale chiedeva l'annullamento di un regolamento che riservava ai vini francesi e lussemburghesi una dicitura utilizzata dal produttore già da decenni.

In questa sentenza la Corte ha statuito che «benché sia vero che (...) la disposizione controversa ha, per sua natura e portata, un carattere normativo, in quanto si applica alla generalità degli operatori economici interessati, non può per questo escludersi che essa possa concernere individualmente alcuni di loro»⁸. Viene così ammessa esplicitamente la legittimazione dei ricorrenti non privilegiati ad attaccare anche misure alle quali la Corte riconosce un carattere legislativo e si rinuncia ai tentativi fatti in precedenza di salvare la formula dell'art. 230, comma 4, sotto la copertura dell'attribuzione di una natura di decisione ad atti regolamentari.

A ben vedere però anche la sentenza *Codorniu* è molto condizionata dalle peculiarità della fattispecie (il coinvolgimento del diritto di proprietà industriale).

Comunque, seguendo *de plano* il ragionamento della Corte, la sentenza *Codorniu* registra, oltre ad un sensibile temperamento delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi individuali sotto il profilo categoriale dell'atto impugnabile, un parallelo *assouplissement* dell'interpretazione dell'interesse individuale⁹.

Nella fattispecie non ricorreva, in effetti, nessuno dei criteri ai quali la giurisprudenza comunitaria aveva tradizionalmente ancorato la nozione di persona individualmente interessata ex art. 230, comma 4, del Trattato CE¹⁰.

Non si poteva sostenere infatti che la specifica situazione di *Codorniu* fosse stata presa in considerazione in sede di adozione dell'atto controverso, dal momento che esso perseguiva il più ampio obiettivo di riservare la dicitu-

⁸ Si veda il punto 19 della sentenza. L'affermazione sorprende anche perché la Corte aveva esordito ricordando che l'art. 230, comma 4, del Trattato CE «assoggetta la proposizione di un ricorso d'annullamento di un regolamento da parte di una persona fisica o giuridica alla condizione che le disposizioni del regolamento oggetto del ricorso costituiscano in realtà una decisione, che la riguardi direttamente ed individualmente» (punto 17). Un'argomentazione che non sembrava certo preludere ad un esito favorevole del ricorso.

⁹ Si veda la nota 13 seguente.

¹⁰ Cfr. D. WAELBROECK - D. FOSSELARD, nota alla sentenza *Codorniu*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 265; Conclusioni dell'Avvocato Generale C. O. Lenz in causa n. C-309/89, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1867, punto 41: «Le condizioni stabilite dalla giurisprudenza tradizionale, in base alle quali un ricorrente può essere considerato individualmente interessato, non sono pertanto soddisfatte».

ra «*crémant*» agli spumanti di una certa qualità, prodotti in Francia e in Lussemburgo nel rispetto di determinate prescrizioni tecniche.

Neppure si poteva assumere che *Codorniu* fosse la sola ad avere registrato un marchio nel quale figurava la dicitura *crémant* che però non poteva impiegare a causa della disposizione controversa. In sede di giudizio la Corte di giustizia aveva dato conto dell'esistenza di altri produttori spagnoli che designavano i loro prodotti con la denominazione «*Grand crémant*»¹¹.

Nel caso di specie non era nemmeno rinvenibile una cerchia ristretta di soggetti interessati, dal momento che la disposizione contestata inibiva l'uso della dicitura *crémant* non solo a quanti già se ne avvalevano alla sua data di adozione ma anche a quanti avrebbero potuto servirsene in futuro (gli utilizzatori potenziali della stessa)¹².

Ciò nonostante la Corte di giustizia ha ritenuto che la ricorrente fosse in grado di soddisfare i requisiti delineati dalla formula *Plaumann* in quanto aveva registrato il marchio denominativo «*Grand Crémant de Codorniu*» in Spagna nel 1924 e ne aveva «fatto uso tradizionalmente sia prima sia dopo tale registrazione». Riservando ai soli produttori francesi e lussemburghesi il diritto di far uso della dicitura «*crémant*», la disposizione controversa giungeva al «risultato di impedire alla *Codorniu* di far uso del suo marchio denominativo»¹³. Questo era forse il punto decisivo. La Corte non si è sentita di aderire ad una soluzione – il rigetto del ricorso – che avrebbe potuto essere sentita come una lesione del principio sancito dall'art. 295 (già art. 222) del

¹¹ Si veda il punto 10 della sentenza. Del resto, il Consiglio stesso riteneva che la ricorrente fosse colpita dal provvedimento controverso soltanto nella sua qualità di produttore di v.s.q.p.r.d., così come qualunque altro produttore si trovasse in una situazione analoga.

¹² D. BONI, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in B. NASCIBENE - L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 90; conclusioni dell'Avvocato Generale C. O. Lenz in causa n. C-309/89, *cit. supra*, nota 10, punto 20, p. 1862.

A nostro avviso, quest'applicazione del criterio della cerchia ristretta non tiene conto del fatto che, come abbiamo già posto in evidenza, le caratteristiche che individuano determinati soggetti ex art. 230, comma 4, del Trattato CE sono da ricercarsi alla data di adozione del provvedimento impugnato e non in un momento futuro a venire.

¹³ Si veda il punto 21 della sentenza. P. NIHOUL (*Rev. trim. dr. eur.*, 1994, p. 186: cito questo solo autore tra i tanti che si sono occupati del caso) ipotizza viceversa che la società spagnola rientrasse nel gruppo astratto degli operatori economici toccati dal regolamento controverso e che, quindi, non potesse essere "individuata" ex art. 230, comma 4, del Trattato CE. Nulla, del resto, induceva a ritenere che essa fosse la sola ad avere registrato un marchio contenente la dicitura *crémant* e a non poterlo impiegare a causa della disposizione contestata. In sede di giudizio, poi, la Corte di giustizia aveva dato conto dell'esistenza di altri produttori spagnoli che designavano i loro prodotti con la denominazione «*Grand crémant*». La tesi non sembra tenere conto dell'elemento sulla base del quale i giudici di Lussemburgo hanno giudicato la ricorrente individualmente interessata ex art. 230, comma 4, del Trattato CE: la gravità delle ripercussioni economiche dell'atto impugnato. Non si trattava, infatti, delle normali ripercussioni sullo smercio dei prodotti, ma di qualcosa che finiva per toccare l'oggetto stesso dell'impresa spagnola. Sotto questo profilo la pronuncia, nel solco della sentenza *Extramet*, si discosta dalla giurisprudenza precedente che negava l'idoneità dei semplici effetti economici della misura contestata a fondare la legittimazione attiva al ricorso.

Trattato CE, una norma il cui ruolo nella giurisdizione comunitaria non può essere sottaciuto.

Anche il caso *Codorniu*, espressione come abbiamo detto di una controtendenza, rivela dunque elementi di ambiguità. Ne nasce per ciò stesso l'esigenza di dare o almeno tentare un'impostazione nuova del problema.

Un metodo nuovo si offriva anche troppo facilmente all'attenzione, quello della protezione giurisdizionale effettiva.

5. L'analisi delle pronunce successive alla sentenza *Codorniu* ha sostanzialmente confermato l'impugnabilità dei regolamenti ex art. 230, comma 4, del Trattato CE.

Infatti, nonostante la persistenza di qualche "zona d'ombra"¹⁴, nei casi esaminati, con esplicito riferimento alle sentenze *Extramet* e *Codorniu*, i giudici di Lussemburgo concedono che in determinate circostanze anche un atto normativo che si applica alla generalità degli operatori economici interessati può riguardare individualmente quelli fra di essi che accedono alla giustizia comunitaria.

Non ci si può nascondere tuttavia che nella maggior parte dei casi si tratta di riconoscimenti puramente teorici, dal momento che le speranze di pervenire ad un giudizio sul merito si infrangono ancora una volta sullo scoglio dell'interesse individuale. In effetti, non si può dire che *l'assouplissement* di questo requisito, ricollegabile a *Extramet* e *Codorniu*, venga avallato dalla giurisprudenza successiva.

Tuttavia, il dibattito dottrinale sull'interesse individuale come definito dalla formula *Plaumann* è stato soffocato dall'eco delle nuove sentenze nelle quali l'argomento della tutela giurisdizionale effettiva è venuto a piena maturazione.

È del 2002 la sentenza *Jégo-Quéré*¹⁵, propiziata peraltro dalle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Jacobs nel caso *UPA*.

In questa sentenza si afferma una definizione dell'interesse individuale che superando la "canonica" formula *Plaumann* fa compiere un sostanziale passo in avanti alla tutela giurisdizionale dei privati. Questi suggestivi scenari hanno vissuto una stagione breve e sono stati "affondati" dalla sentenza *UPA*¹⁶, che ha segnato una netta chiusura rispetto alle aperture dell'Avvocato

¹⁴ Alludo alle sentenze nelle quali la ricevibilità continua ad essere negata a causa della natura autenticamente regolamentare dell'atto impugnato o nelle quali, in maniera speculare, per dar conto della ricevibilità fa capolino la teoria dell'ibrido.

¹⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 3 maggio 2002 in causa n. T-177/01, *Jégo-Quéré e Cie SA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 2365.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2002 in causa n. C-50/00P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6677.

Generale Jacobs (le quali riacquisteranno attualità soltanto con i lavori preparatori dell'auspicata Costituzione).

Infatti le prospettive di un rafforzamento della spinta innovativa portata dalla sentenza *Jégo-Quéré* appaiono molto incerte dopo la decisione della causa in appello.

L'Avvocato Generale Jacobs si è rimesso al potere politico sottolineando che «le necessarie riforme al sistema comunitario di sindacato giurisdizionale dipendono dall'azione degli Stati membri diretta a modificare le disposizioni del Trattato» (punto 46 delle *Conclusioni*).

Nel punto 51 della sentenza *Jégo-Quéré* la protezione giurisdizionale effettiva viene riconosciuta nei confronti di qualunque disposizione di portata generale che incide sulla situazione giuridica del ricorrente «restringendo i suoi diritti o imponendogli degli obblighi».

Viene superata la lettura fatta dalla Corte nella sentenza *Plaumann* per cui una persona fisica o giuridica può essere considerata *individuellement concernée* da un atto di cui non è destinataria solo quando l'atto impugnato la riguarda a causa di certe qualità che sono peculiari ad essa ovvero di particolari circostanze atte a distinguerla dalla generalità e quindi ad individuarla in maniera analoga al destinatario. L'esistenza della norma (o dell'atto), l'obbligatorietà di essa sono ora sufficienti per legittimare al ricorso, sol che contengano un precetto idoneo ad incidere sulla posizione giuridica della persona fisica o giuridica ricorrente.

Viene cancellata quindi anche la distinzione tra atti normativi di carattere generale e provvedimenti individuali: ciò forse risponde alla caratteristica del Trattato – cui oggi la Costituzione europea vuole porre rimedio – di non prevedere formalmente una tipologia di fonti del diritto comunitario nettamente distinte dagli atti di pura e semplice amministrazione¹⁷.

Per giudicare il ricorso ricevibile, al Tribunale basta osservare che la società *Jégo-Quéré* si vede effettivamente imporre obblighi dalle disposizioni impugnate, obblighi consistenti nella dimensione di maglia delle reti da utilizzare.

Nella successiva sentenza *UPA*, la medesima nozione di «sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti intesi a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni» da cui il Tribunale era partito, porta al risultato opposto.

¹⁷ «I Trattati – osserva T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, sesta edizione, Padova, Cedam, 2001, p. 87 – non contengono un'elencazione delle fonti del diritto (o, se si vuole, dell'ordinamento) comunitario». L'autore prosegue osservando: «La cosa non deve stupire dal momento che la nozione dell'ordinamento comunitario è venuta affermandosi in un momento successivo a quello dell'elaborazione e della prima applicazione dei Trattati. A quel tempo, il termine di riferimento era costituito piuttosto dalla categoria, a sua volta abbastanza recente, degli "atti delle organizzazioni internazionali"».

«Spetta agli Stati membri – dichiara la Corte (*UPA* punto 41) – prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva».

È percepibile la polemica con l'Avvocato Generale Jacobs¹⁸ il quale aveva affermato (punto 37) che «i procedimenti dinanzi ai giudici nazionali non sempre garantiscono ai privati un'effettiva tutela giurisdizionale e talvolta non forniscono alcuna tutela»¹⁹.

Appartiene al futuro il giudizio sul progresso della tutela giurisdizionale dei diritti individuali. Del pari appartiene al futuro, ovviamente, il giudizio sull'innovazione dal punto di vista del Trattato che potrà avere la disposizione che andrà a sostituire – come art. III-270, 4 della Costituzione europea – le norme previgenti: «Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle stesse condizioni, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura di esecuzione».

Elisa Fontana

¹⁸ L'Avvocato Generale Jacobs ha ribadito i propri punti di vista, a titolo personale, nel saggio *Effective judicial protection of individuals in the European Union, now and in the future*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 1-15.

¹⁹ Si veda *amplius* il passo delle conclusioni citate all'inizio di questo scritto.

L'ALTO RAPPRESENTANTE PER LA POLITICA ESTERA E DI SICUREZZA COMUNE DELL'UNIONE EUROPEA

La tesi analizza la figura dell'Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea, figura introdotta dal Trattato di Amsterdam al fine di offrire una nuova soluzione al problema della rappresentanza unitaria dell'Unione nell'ambito della politica estera, una delle due facce dell'esigenza, sentita da tutti gli Stati membri, di consentire all'Unione di "parlare con una sola voce".

La tesi si sviluppa a partire da un'analisi della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione (PESC) svolta con l'obiettivo di illustrare il contesto istituzionale all'interno del quale l'Alto rappresentante si colloca e quanto acquisito dall'Unione in questo ambito. Vengono poi illustrate le carenze di tale costruzione che hanno condotto all'istituzione della figura dell'Alto rappresentante ed analizzati poteri e competenze di quest'ultimo come emergono dalla lettera del Trattato. Successivamente la tesi analizza la prassi sviluppata durante il mandato, non ancora concluso, del primo Alto rappresentante, individuando i progressi conseguiti nell'ambito della PESC attraverso la sua istituzione ed evidenziando quelle che sono le carenze tuttora esistenti. Conseguenzialmente viene dato conto del dibattito emerso in merito e delle prospettive di riforma elaborate dalla Convenzione sul futuro dell'Unione europea ed inserite nel progetto di Trattato costituzionale, nonché delle modifiche finora discusse ed approvate dalla Conferenza intergovernativa avviata nell'ottobre 2003 ed ancora in corso al momento della conclusione della stesura della tesi.

Da tale trattazione emerge come l'istituzione dell'Alto rappresentante sia stata frutto di un compromesso tra quanti desideravano la creazione, nell'ambito della PESC, di un organo dotato di ampi poteri e quanti, invece, prediligevano il potenziamento di una figura sostanzialmente amministrativa. Tale compromesso si sostanziò essenzialmente nel conferimento al Segretario generale del Consiglio dell'Unione della carica di Alto rappresentante, senza dotare, tuttavia, quest'ultima di funzioni autonome e poteri incisivi. Nel Trattato infatti, oltre agli incarichi eventualmente conferiti direttamente dal Con-

siglio, è previsto per l'Alto rappresentante solamente un compito di assistenza alla Presidenza di turno dell'Unione, la quale svolge in ambito PESC una funzione centrale.

L'analisi della prassi indica, tuttavia, che tale compromesso è stato ben presto disatteso, a partire dalla procedura di nomina, che ha segnalato l'intenzione di attribuire all'Alto rappresentante una forte connotazione politica. Gli incarichi successivamente conferiti, così come una più precisa collazione tra gli organi con competenze in ambito PESC, hanno portato alla definizione di un organo dotato di una parziale autonomia e di più ampie competenze, in grado di fornire all'azione dell'Unione nell'ambito della politica estera maggiore continuità rispetto a quella finora avuta. Le scarse competenze, tuttavia, sommate alle difficoltà che l'azione esterna dell'Unione incontra in seguito alla struttura in pilastri, la quale conduce ad un potenziale contrasto tra Commissione e Consiglio, e, in parallelo, tra Commissario per le relazioni esterne ed Alto rappresentante, emergono come un limite all'apporto che tale organo può fornire alle esigenze di coerenza e di continuità dell'azione esterna dell'Unione. La figura dell'Alto rappresentante sembra, inoltre, risentire in parte dell'inefficienza della PESC nella costruzione del consenso tra gli Stati membri e quindi nella definizione della posizione dell'Unione, posizione che anch'egli dovrebbe promuovere e sostenere sulla scena internazionale.

La Convenzione sul futuro dell'Unione europea ha quindi fatto propria la proposta, nata per sopperire alle mancanze evidenziate nella prassi, di istituire il Ministro per gli Affari esteri dell'Unione, accogliendo la cosiddetta formula del doppio cappello. Da un'analisi di questa figura emerge come siano state in parte accolte le innovazioni prodotte dalla prassi, dotando il Ministro di competenze e poteri significativi e tentando al contempo di risolvere il potenziale contrasto istituzionale che la creazione della figura dell'Alto rappresentante aveva prodotto. Si evidenziano però anche dubbi, proprio in ragione della duplice collocazione istituzionale, sulla effettiva capacità del nuovo organo di fornire all'Unione la tanto ricercata "voce unitaria" nella politica estera. La Conferenza intergovernativa ha mantenuto inalterata l'impostazione presente nel progetto di Costituzione, apportando solo alcune modifiche marginali volte a meglio definire la collocazione istituzionale del Ministro e le sue competenze. La soluzione accolta presenta l'indubbio vantaggio di mettere tutti gli strumenti di cui l'Unione dispone nell'ambito della politica estera a disposizione della nuova figura, ma, a mitigare questo vantaggio rimangono, pur nella soppressione della costruzione a pilastri, differenti procedure ed ambiti di competenza. Rimane poi la suddivisione rispetto ai compiti di rappresentanza esterna tra il Ministro ed il Presidente della Commissione europea, ancora titolare della funzione di rappresentanza esterna per le materie rientranti nelle competenze comunitarie, a cui si aggiunge ora la nuova figura del Presidente del Consiglio europeo, competente per la rappresentanza esterna in materia

PESC «al suo livello». La collocazione istituzionale, potenzialmente elemento di forza di questa nuova figura, potrebbe però divenire, nel futuro, anche ragione di scontro, essendo possibile immaginare, pur non auspicabili, differenti impostazioni e priorità relativamente alla politica estera tra Consiglio, a cui il Ministro risponde del suo operato relativo alla PESC, e Commissione, all'interno della quale siede con la carica di Vicepresidente, responsabile per le relazioni esterne.

Emanuela Radighieri

RECENSIONI

Carlo Curti Gialdino (a cura di), *Una Costituzione per la nuova Europa (Progetto di trattato)*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. XXX-374, € 14,00

La rapida ed incessante evoluzione del sistema comunitario-unionistico europeo, dovuta al mutamento delle esigenze politico-istituzionali ed economico-sociali, verificatosi sin dalle origini della Comunità, ha reso necessario il continuo adeguamento dei trattati. L'ultima tappa di tale percorso si è avuta con l'adozione del Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, il quale, pur rifacendosi ai precedenti atti, introduce rilevanti innovazioni grazie ad un'opera di abrogazione e rimaneggiamento degli stessi. Il trattato costituzionale, infatti, da un lato unifica i testi dei Trattati UE e CE, della Carta dei diritti fondamentali e di tutti gli altri atti che li completano e modificano (come espressamente dichiarato nell'art.IV-2 e nell'apposito protocollo allegato alla Costituzione), dall'altro procede ad un'organica e globale revisione dell'intero sistema comunitario, essendo proprio questo l'intento primario del Progetto.

Il processo di "costituzionalizzazione" del diritto comunitario, tuttavia, iniziato con tale atto, si articolerà in diverse fasi, fino al raggiungimento del testo costituzionale definitivo: nella seduta del 17-18 giugno scorso, infatti, l'attività primaria del Consiglio europeo è stata proprio quella di rifinitura del succitato Progetto (mediante modifiche, *addendum* ed *errata corrige*), opera che, a sua volta, ha condotto all'approvazione del nuovo testo della Costituzione e, quindi, alla formale adozione dello stesso.

Per una sua migliore comprensione risulta utile, senza dubbio, porre attenzione al Progetto di Costituzione: a tal fine, tra i numerosi testi che affrontano l'argomento, va segnalato «*Una Costituzione per la nuova Europa*», realizzato a cura del Centro nazionale di informazione e documentazione europea (CIDE).

Il volume si distingue, tra gli altri, per l'obiettivo che lo caratterizza e che è quello di illustrare, principalmente ai cittadini e alla società civile, i contenuti del Progetto, in coerenza con le finalità del medesimo.

Esso si apre con una prefazione curata da Rocco Buttiglione, nella quale i valori comuni appartenenti alla tradizione, e che affondano le proprie radici nel cristianesimo, vengono indicati quali elemento di coesione del popolo europeo, prima ancora di quelli economici e politici: si afferma, infatti, che «anche coloro che non si riconoscono in nessuna dogmatica cristiana sono tuttavia profondamente segnati dall'eredità culturale cristiana». Questo argomento è oggetto di ricorrenti scontri dialettici tra coloro che sostengono la laicità della Costituzione europea e coloro che invece ritengono imprescindibile il riferimento al cristianesimo, dal momento che la mancanza nel testo costituzionale originario, ma anche in quello approvato lo scorso giugno, di un seppur minimo riferimento in tal senso, vorrebbe dire, per molti, rinnegare una tra le fonti primarie della cultura europea.

Segue, nell'opera, un'interessante premessa di Massimo Panebianco che sottolinea il carattere non omogeneo dell'euro-lessico costituzionale e le difficoltà di comprensione che ne conseguono: viene rilevato, a tal proposito, come tale lessico, nella parte III della Costituzione (quella civile, economica e sociale) sia legato all'*acquis communautaire*, mentre nelle altre parti sia manifestazione della costituzionalizzazione «dell'esperienza storica dei trattati della Comunità e dell'Unione», in maniera simile alle Costituzioni nazionali moderne «riflesso dei grandi capitoli della storia nazionale». Si afferma inoltre, che l'analisi terminologica di ciascuna parte della Costituzione europea permetterebbe da un lato di attutire le polemiche su una Costituzione senza popolo e senza nazione, dall'altro di alimentare le discussioni, sicuramente più costruttive, su una *soft constitution*, espressione di valori comuni ai cittadini dell'Unione.

Il testo della Costituzione, riportato integralmente, viene inoltre chiaramente esplicitato attraverso un'ampia ed esauriente introduzione di Carlo Curti Gialdino che, articolandosi in sedici capitoli, ripercorre anche l'*iter* seguito per la realizzazione del Progetto.

Il merito dell'introduzione risiede nel fatto di non soffermarsi esclusivamente all'enunciazione dei contenuti del Progetto, ma di arricchire la trattazione con un'analisi critica degli stessi, alla luce del confronto con la vigente disciplina, al fine di rilevarne differenze ed affinità. A questo si aggiungono alcune osservazioni sui presupposti, sugli obiettivi potenzialmente raggiungibili e sui limiti del testo costituzionale.

Nel volume, in particolare, viene messo in evidenza il carattere "democratico" della Costituzione che, scaturendo dal primo dei due preamboli, è confermato dall'intero Progetto, attraverso la riforma delle istituzioni (v. art. I-18,2 e artt. I-29, 30, 31, nonché quelli presenti nella I e nella IV parte) con specifico riferimento al Parlamento europeo (v. art. I-19 e gli artt. da III-232 a III-243), delle procedure decisionali (in base all'art. III-302 quella di codecisione diviene la "procedura legislativa ordinaria") e degli atti comunitari (v. gli artt. da I-32 a I-38). A tali riforme si affiancano l'abbattimento del sistema

a pilastri, con le significative innovazioni delle materie rientranti nel secondo e nel terzo pilastro (nonostante dagli artt. I-15, 39 e 40 e dagli artt. III-193 a III-231 si evinca che la PESC sia, anche nel testo costituzionale, la materia meno "comunitarizzata"), e il nuovo ed incisivo ruolo che viene affidato all'Unione in ambito internazionale.

In effetti, l'intento della Costituzione europea è quello di rendere possibile la creazione di un *demos* europeo, grazie ad una maggiore coesione tra gli Stati membri. Il testo qui presentato sottolinea come questo obiettivo venga raggiunto dal Progetto tramite un'adeguata ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri (v. art. I-11) e tramite la «leale cooperazione» (v. art. I-5) che non ricade più esclusivamente sugli Stati membri, diventando invece un impegno anche per le istituzioni comunitarie; infatti, accanto al riconoscimento della centralità che l'Unione deve assumere, si pone il rispetto dell'identità e della sovranità statale, reso ancora più incisivo grazie al rafforzamento del ruolo dei parlamenti nazionali, cui il testo costituzionale dedica peraltro uno specifico protocollo.

In realtà, anche se la Costituzione europea eleva di rango l'intero diritto comunitario immettendolo in un processo di costituzionalizzazione, essa non si pone in antitesi, ma si affianca alle carte costituzionali nazionali. La centralità dell'Unione, tuttavia, è confermata dall'attribuzione ad essa, da parte del Progetto, della personalità giuridica (v. art. I-6): come già accennato, nella prefazione del testo si afferma, a tal proposito, che l'«Europa politica», generata dalla soggettività giuridica, trova il suo fondamento, prima che nella sfera economica, in quella culturale e sociale, per cui la comunanza di valori, sorti nel passato e tramandati nel futuro, cui si aggiunge la condivisione di principi ed obiettivi, è presupposto necessario per l'acquisizione di una coscienza e per la nascita di un *demos* europeo. Le osservazioni fatte possono essere chiaramente lette alla luce dell'innovativo inserimento, nella Costituzione, della Carta di Nizza sui diritti fondamentali; tale inserimento, tuttavia, avvenuto senza una preventiva opera di adattamento, ha determinato il verificarsi, nell'ambito del testo costituzionale, di alcune situazioni anomale: un esempio è dato dalla presenza di un doppio preambolo, ossia quello proprio del progetto e quello della Carta. Tale incorporazione, nonostante le imperfezioni formali, è comunque rivoluzionaria, dal momento che rende normativi principi comuni ai cittadini europei, ma prima ancora all'intera umanità, e che in precedenza erano contenuti in un atto dal semplice valore dichiarativo.

Oltre all'ampia introduzione, il testo presenta, in ultimo, un esaustivo indice analitico, dal quale è possibile non solo rilevare la terminologia utilizzata nel Progetto di trattato, ma anche le connessioni e le divergenze tra il vecchio ed il nuovo linguaggio giuridico europeo.

Il volume realizza appieno la sua funzione, vale a dire quella che, nella premessa dello stesso, è definita di ausilio «(...) alla comprensione e diffu-

sione del disegno di una nuova architettura costituzionale dell'Europa riunificata (...)», rispondendo in maniera più che adeguata all'esigenza di coinvolgimento, nel processo di integrazione europea, non solo delle istituzioni, ma anche dei cittadini e dell'intera società civile, incentivando l'informazione, il dialogo, la riflessione ed il confronto.

L'opera, quindi, mette in rilievo quell'attività di revisione coerente e razionale dei precedenti trattati effettuata attraverso il Progetto di Costituzione, lasciando intendere anche come questa non rappresenti un punto di arrivo, ma un passo fondamentale nel processo di coesione, integrazione e costituzionalizzazione dell'UE.

Inoltre, innanzi ad un'ingente opera di innovazione, ma spesso di non facile intendimento, qual è la Costituzione europea, il testo ha l'ulteriore merito di essere un utile strumento di ausilio alla comprensione, non solo per i giuristi, ma in particolare per chiunque voglia rendersi consapevole e partecipe delle "sorti" dell'Unione europea.

Caterina Di Bianco

Angela Di Stasi, *Il sistema americano dei diritti umani (Circolazione e mutamento di una international legal tradition)*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. XVI-432, € 32,00

Nell'epoca odierna il tema della tutela internazionale dei diritti umani è senza dubbio uno degli argomenti più discussi, foriero di attenzione non soltanto negli ambienti giuridici, ma anche in quelli economici, politici, sociali, nonché presso l'opinione pubblica. Il nostro tempo, infatti, nonostante la sua "massima modernità", è caratterizzato da una serie di contraddizioni: le incessanti lotte in difesa dei diritti umani contrastano palesemente con le quotidiane lesioni degli stessi, come confermato dai recenti e drammatici atti di terrorismo, dalla mancanza di coerenza normativa in molti sistemi giuridici statali e dall'instabilità degli apparati istituzionali e governativi. Tali questioni, siano esse interne o inter-statali, costituendo un attentato alla sicurezza globale, influiscono sull'ordinamento internazionale, scuotendo ed esigendo l'intervento dei vari livelli di governo, da quello statale a quello internazionale. Ad un'accentuazione sempre maggiore delle aspirazioni universalistiche, si alternano posizioni di individualismo statale-regionale, come testimonia il sistema americano (*rectius* statunitense), il quale pur "aspirando" a diventare modello universale di "democrazia", presenta un certo conservatorismo nel riconoscimento della supremazia degli interessi e delle esigenze statale-regionali.

Un'interessante e dettagliata analisi del sistema americano dei diritti umani è fornita dal recentissimo volume di Angela Di Stasi: «*Il sistema ameri-*

cano dei diritti umani», in cui l'Autrice accanto ad un attenta descrizione della nascita, sviluppo, circolazione e mutamento di una *international legal tradition*, cui si aggiunge un'accurata analisi dei molteplici aspetti di un sistema giuridico *multilivel*, qual è quello americano, non manca di far riferimenti comparatistici, nell'intera trattazione, al modello europeo, in un rapporto di «compatibilità/incompatibilità».

L'Autrice illustra il piano della sua opera in un'ampia introduzione: consapevole che il sistema americano dei diritti umani, pur riunendo una serie di sistemi statali, sub-statali e regionali, è parte del più ampio ordinamento internazionale, rivolge particolare attenzione ai processi di costituzionalizzazione dei *bill of rights*, realizzati sia attraverso il federalismo nord americano, sia attraverso i «(...) processi storici di tipo disgregativo (...)» propri del subcontinente latino-americano. Partendo dall'analisi della nascita e dello sviluppo del sistema americano, l'opera analizza, per usare la terminologia adoperata dall'Autrice, la capacità ed i limiti di adattamento all'esterno del medesimo sistema, il suo sviluppo, avvenuto mediante la *promotion* e la *protection*, nonché la circolazione internazionale dei principi base della tutela dei diritti umani, sia in direzione "verticale", attraverso l'opera "universalizzante" delle organizzazioni internazionali, sia in senso "orizzontale", con il conferimento di poteri e competenze alle istituzioni nazionali, spesso più idonee delle organizzazioni internazionali, nell'attività di tutela degli *human rights*. Non è trascurato, come si accennava sin dall'introduzione, il riferimento ed il confronto con il sistema europeo dei diritti umani che è il filo conduttore di tutta l'indagine.

Quanto anticipato nell'introduzione trova ampio svolgimento nei successivi capitoli e la pregnanza della trattazione si evince sin dal primo, il quale affronta la formazione e le tendenze attuali del sistema americano, in un'ottica pluridimensionale, vale a dire interna o costituzionale, regionale ed internazionale. La ricerca, pur non soffermandosi sui presupposti culturali e politici e pur non utilizzando un approccio storico, non prescinde dal necessario riferimento alle dottrine giusnaturalistiche e positivistiche, alle tradizioni giuridiche europee di *civil law* e di *common law*, al "rivoluzionismo" francese e al "riformismo britannico", rispettivamente fonti e modelli del sistema americano. Ciononostante, date le diverse condizioni economiche, culturali, politiche e sociali, tale sistema si è presto distaccato da quello europeo, assumendo caratteristiche proprie, sia nei Paesi dell'America settentrionale, sia in quelli dell'America meridionale. Il primo capitolo si conclude con l'analisi delle recenti tendenze neo-universalistiche e neo-stataliste, dalla quale si desume l'attuale prevalenza delle prime, come confermato dalla nozione moderna di territorio, inteso come spazio multiterritoriale e multistatuale, base della «(...) nascente "società mondiale", integratrice delle società particolari (...)», dall'esistenza di una "cittadinanza universale", costruita su valori comuni all'intera umanità e da forme di giurisdizione universale, cui consegue l'espansione ultra-continentale del sistema americano dei di-

ritti umani, data la tendenziale posizione di *leadership* degli USA nella determinazione degli *standard* di protezione.

Il secondo capitolo si apre con un'analisi delle fonti del sistema americano degli *human rights*, originato dalla sintesi di elementi normativi interni ed esterni ad esso, cui si aggiungono altri provenienti sia dalla *western* che dalla *non western legal tradition*. Ciò premesso, vengono menzionati tra le fonti i *principles*, di natura sia costituzionale che internazionale, seguiti dal *customary* e dal *conventional international law* e dagli atti di *soft law* (frutto di procedure *para, pre* e *post* convenzionali, a carattere continentale ed extra continentale). Non manca, inoltre, il richiamo agli atti derivanti dall'attività delle istituzioni che agiscono a tutela dei diritti umani nel continente americano (rapporti, raccomandazioni, risoluzioni) ed agli atti informali di *monitoring bodies (comments, general comments, views of committees)* scaturiti dall'azione sia "interna" che "esterna" delle organizzazioni internazionali.

Analizzato il sistema delle fonti, l'Autrice descrive l'«ambito di esercizio» degli *human rights*, rappresentato da tre diritti-valori fondamentali, vale a dire pace, sviluppo e democrazia, dai quali dipende «(...) la sicurezza internazionale globale della società interindividuale e di quella interstatale, sia americana che euro-americana e, più in generale, universale». Segue, nello stesso capitolo, l'individuazione delle diverse categorie di diritti umani, quella dei diritti civili e politici e quella dei diritti economici, sociali e culturali, le quali in origine considerate separate, sono state dichiarate indivisibili, a partire dalla Conferenza dei diritti dell'uomo di Teheran del 1969. Viene fatto, inoltre, riferimento alla diversa posizione degli Stati americani, sia quelli del nord che quelli del sud, nel loro modo di rapportarsi alle fonti "esterne" in materia di diritti umani e si afferma l'esistenza di «(...) monismi e dualismi differenziati o "ibridi" (...)», date le divergenti basi storico-giuridiche e la facoltà di scegliere se e come conformarsi. Per cui all' "ipercostituzionalismo" (considerazione della Costituzione come *summa* di valori e principi) statunitense, si contrappone la superiorità che alcuni Paesi dell'America Latina attribuiscono al diritto pattizio rispetto a quello interno, nonché la posizione "ibrida" del Canada. L'ultimo paragrafo del secondo capitolo è dedicato alle garanzie politico-diplomatiche, spesso più adeguate di quelle giurisdizionali, per la realizzazione di un maggiore e migliore coordinamento tra la dimensione costituzionale-interna e quella internazionale.

Con il terzo capitolo, invece, l'Autrice analizza il carattere *multilevel* del sistema americano di tutela dei diritti umani, rispettivamente: regionale, inteso come attuazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dei Patti internazionali, continentale (in senso panamericano-interamericano) e subcontinentale. In questa parte trova spazio la disamina della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo, anticipatrice della Dichiarazione universale e della Convenzione di San José, passo ulteriore nell'evoluzione

del sistema americano degli *human rights*, in senso sostanzial-procedurale, anche attraverso l'attività svolta dalla Corte interamericana.

L'ultimo atto rappresentativo della ricerca di "coesione" nel continente americano in materia di tutela dei diritti umani è la Carta democratica interamericana che, mirando alla costituzione comune della democrazia in America, sancisce non solo la protezione e la promozione degli stessi, ma li collega anche alla piena realizzazione della democrazia «indispensabile per l'esercizio delle libertà fondamentali e dei diritti umani, nel loro carattere universale, indivisibile ed interdipendente così come consacrato dalle costituzioni degli Stati e dagli strumenti interamericani ed internazionali sui diritti umani» (art. 7).

Nel quarto capitolo della monografia in oggetto, l'Autrice si sofferma sugli spazi giuridici sub-continentali, la cui esistenza si pone talvolta in contrasto con l'interamericanismo ed il panamericanismo di cui si discute nel capitolo precedente. Infatti le divergenze costituzionali determinano l'esistenza di una pluralità di ordinamenti che possono essere raggruppati in due categorie: la prima è quella dei *constitutional rights*, propri del sistema statunitense, caratterizzati da un "ipercostituzionalismo" e dal non necessario compiuto coordinamento dell'ordinamento interno e di quello internazionale, con la conseguente considerazione del sistema USA quale modello di libertà e democrazia "esportabile", la trasformazione del divieto di non ingerenza in "diritto di ingerenza" e il ricorso alla "guerra preventiva". La seconda categoria è quella dei *common rights*, propri dei sistemi giuridici sud americani: i Paesi appartenenti a questa area, accomunati da una «(...) comune esperienza indipendentista (...)», dai passati regimi dittatoriali e dalle lotte per la restaurazione della democrazia, si sono maggiormente adoperati per la realizzazione di forme di cooperazione interregionale, come testimoniato dal SELA, dalla creazione di organi a dimensione parlamentare (Parlamento latino-americano, andino, centro-americano, amazzonico), a garanzia di una maggiore partecipazione dei cittadini ai processi decisionali, dalla creazione di meccanismi di dialogo e concertazione o dalla connotazione in senso ultraeconomico di organizzazioni internazionali subregionali (MERCOSUR).

Il quinto capitolo esordisce con la trattazione della partecipazione americana alla tutela extra-continentale dei diritti umani, in particolare con l'analisi dello spazio giuridico euro-atlantico, nato dall'istituzione dell'OECE (Organizzazione europea di collaborazione economica trasformata in OCSE – Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico – nel 1960 con l'accordo di Parigi) e dalla NATO che sorta per motivi militari, dopo il crollo del blocco sovietico e grazie alla collaborazione con l'UE, si è trasformata, così come precisato dall'Autrice, da «strumento di difesa collettivo» in «strumento di sicurezza collettivo», poiché il nuovo assetto della comunità degli Stati europei, il mutato ordine e le nuove esigenze internazionali (si pensi alla lotta contro il terrorismo) hanno convertito lo spazio euro-atlantico da spazio

di sicurezza militare in spazio di sicurezza politica, economica, culturale ed ecologica, nonché gli avversari in alleati e le dittature in democrazie.

Accanto allo spazio giuridico euro-atlantico si pone quello paneuropeo, nel quale, grazie all'opera dell'OSCE, si realizza il contemperamento tra concezioni ed interessi divergenti, in materia di diritti umani (v. Principio VII e Cesto III), mentre la loro effettiva tutela si concretizza grazie alla creazione di istituzioni atte alla verifica del rispetto degli impegni assunti in tal senso (Meccanismo sulla dimensione umana, l'ACMN-Alto Commissariato sulle minoranze nazionali, l'ODIHR-Ufficio per le istituzioni democratiche ed i diritti dell'uomo).

Per ciò che riguarda lo spazio americano-asiatico, invece, unico esempio di cooperazione è l'APEC, che nata con finalità prevalentemente economiche, unendo Paesi industrializzati e non e diversi sistemi economici politici, culturali, sociali e giuridici, si adopera anche per il raggiungimento di obiettivi ulteriori, quali il benessere della popolazione, la lotta al terrorismo, lo sviluppo sostenibile.

Il capitolo è concluso con un riferimento al G8, il quale, pur avendo in origine finalità esclusivamente economiche, negli ultimi anni realizza anche obiettivi connessi alla tutela dei diritti umani (rafforzamento della pace e sicurezza internazionale, sviluppo sostenibile, progresso sociale, rafforzamento della democrazia, prevenzione dei conflitti e prevenzione e repressione del terrorismo, tutela dell'ambiente e salute).

Nell'ultimo capitolo, il sesto, vengono riportati alcuni casi giurisprudenziali, che evidenziano i contrasti tra giurisdizioni nazionali ed internazionali, tra giurisdizioni statali *inter se* e tra spazio giuridico americano ed europeo (quali il caso Baraldini, il caso Venezia ed il caso Pinochet).

L'opera viene conclusa con delle acute osservazioni relative ad «Euro-compatibilità *versus* incompatibilità del «sistema» americano dei diritti umani», che la Di Stasi definisce provvisorie, data la complessità e la continua evoluzione della materia trattata, cui si aggiungono quelle riguardanti il "neo-universalismo" del sistema americano dei diritti umani senza dubbio connesso, o per dirla con i termini dell'Autrice, «assoggettato» alla diversità e particolarità di ciascun sistema regionale, nonché alla «(...) pluralità di identità nazionali e ad una forte strutturazione della stessa identità continentale americana». Inoltre, se universalità è sinonimo di adesione ai principi della Dichiarazione universale e del *corpus* normativo dell'ONU, ma anche dialogo tra la *western* e la *non western legal tradition*, nella condivisione degli stessi valori giuridici, l'esistenza delle singole identità continentali e subcontinentali, poiché appartenenti alla stessa *international legal tradition*, potrebbe trasformarsi in uno strumento di realizzazione dell'universalizzazione degli stessi diritti.

La monografia qui presentata offre un rilevante contributo nell'ambito delle attività di ricerca attinenti alla tematica della tutela internazionale dei diritti u-

mani, cui l'Autrice si dedica da alcuni anni. L'opera, risultato di un'ampia ed attenta analisi del sistema giuridico americano, di cui dà conto la smisurata doppia bibliografia (selettiva e generale), si connota non solo per l'attualità dell'argomento e lo sforzo continuo di euro-comparazione, ma anche per l'obiettività e lo spirito critico con cui il tema viene affrontato. La lettura di tale monografia, corredata di un sommario in inglese-spagnolo, rappresenta inoltre un ottimo ausilio nella comprensione dei caratteri di alcune "particolari" situazioni internazionali di violazione dei diritti umani, nella direzione della realizzazione di un sistema universale di tutela.

Caterina Di Bianco

Massimo Fragola, *Nozioni di Diritto diplomatico e consolare – Tecnica, prassi, esperienza*, Napoli, ESI, 2004, pp. 307, € 23,00

Il lavoro, nelle dichiarate intenzioni dell'Autore, mira ad essere fondamentalmente uno strumento di ausilio didattico, venendo incontro all'esigenza, oramai avvertita da tempo, di avere un testo aggiornato in un settore in cui – a quanto consta – la manualistica è alquanto risalente. Tuttavia, è bene chiarirlo subito, l'opera va ben oltre tale finalità.

Affronta, infatti, le problematiche del diritto diplomatico e consolare in un'ottica moderna e aggiornata, alla luce dei mutati cambiamenti della comunità internazionale (e del diritto internazionale) ed evidenziando in modo chiaro e scorrevole come la funzione diplomatica si sia adeguata al mutato contesto politico-sociale nel quale essa si svolge.

Si delinea così la figura del diplomatico contemporaneo che svolge nell'ambito delle proprie funzioni, in ossequio a norme giuridiche, ma anche e soprattutto in base a tecniche, protocolli e comportamenti del tutto peculiari, variegati e diversificati uffici e che, oltre al tradizionale ruolo in ordine ai rapporti diplomatici tra gli Stati (evidentemente di importanza elevatissima nell'attuale scenario internazionale), cura anche i rapporti economico-commerciali nonché culturali.

In un contesto internazionale oramai globalizzato il diplomatico non è più soltanto «il divino emissario del Re», ma un organo dello Stato che deve riassumere doti e duttilità culturale nonché capacità di affrontare con abilità e alta professionalità questioni politiche, economiche e commerciali, senza perdere di vista la necessaria sensibilità per le connesse questioni relative alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, alla protezione dell'ambiente, alla cooperazione allo sviluppo. Non esiste più il "diplomatico con feluca", ma il diplomatico abile professionista in grado di inserirsi adeguatamente nel mutato

scenario avvalendosi dei più moderni strumenti a sua disposizione, non da ultimo di internet (si parla così di *e-diplomacy*).

Il lavoro si compone di tre parti: la prima relativa al diritto diplomatico, la seconda al diritto consolare e la terza alle immunità diplomatiche e consolari. In esso trova così spazio la trattazione della figura del console (e del console onorario) e della realtà consolare in generale, temi ai quali non si è sempre data la dovuta considerazione.

Il volume contiene interessanti riferimenti storici e non trascura di citare la dottrina specialistica: infatti, benché il volume non presenti note a piè di pagina (per facilitarne la lettura), le "letture consigliate" poste alla fine di ogni paragrafo e nel corpo del testo invitano il lettore ad ulteriori approfondimenti.

Pregevoli e di evidente ausilio alla comprensione del testo risultano poi i riferimenti alla prassi con indicazione di casi concreti nonché alla giurisprudenza rilevante e recente (nazionale, internazionale e comunitaria) cosicché il lavoro va ben oltre la mera utilità didattica, risultando di ausilio anche per gli operatori del diritto. Particolarmente utili il glossario dei termini diplomatici e i riferimenti a documenti e fonti (anche numerosi siti internet) molto recenti nonché le versioni in lingua inglese e francese dei testi normativi che non solo aiutano la comprensione degli argomenti trattati, ma rendono superabili quelle incertezze interpretative che talvolta le traduzioni comportano. Peraltro, l'Autore inserisce adeguatamente i temi affrontati nel loro alveo naturale, cioè il diritto internazionale (pubblico e privato) facendo altresì puntuali riferimenti anche al diritto comunitario e offrendo pregevoli spunti critici scientifici.

Grazie alla chiarezza espositiva e alla disamina degli aspetti pratici della materia, l'Autore ha, per così dire, "umanizzato" le problematiche oggetto di analisi, mettendo correttamente in luce come esse non siano affatto - come erroneamente si crede - distanti o avulse dalla realtà.

In conclusione i temi affrontati, anche se taluni presentano non poche difficoltà di analisi, risultano sempre molto chiari e di agevole comprensione ed è questo, a nostro avviso, il pregio più grande del lavoro di Massimo Fragola.

Pietro Troianiello

Natalino Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. XIV-390, € 26,00

Si segnala ai lettori della rivista il presente manuale generale di diritto internazionale, non solo per il suo carattere propedeutico allo studio del diritto dell'Unione europea, ma anche per la sua marcata impronta euro-internazionale riscontrabile nell'impostazione ed in più parti della trattazione. Trattasi di un'opera importante che si iscrive nel filone della manualistica italiana di ele-

vata qualità. Com'è noto manuali di cattedra, legati alla firma di un solo autore, presentano un forte carattere di compattezza sistematica come frutto di un pensiero unico e di uno stile espositivo omogeneo. L'impegno affrontato non ha impedito all'A. di offrire al pubblico un'opera sostanzialmente completa a dispetto del dichiarato carattere "introduttivo" in coincidenza con l'occasione didattica rappresentata dall'entrata in vigore dei nuovi ordinamenti degli studi giuridici nelle Facoltà universitarie italiane. Essa, pertanto, ben si presenta per serietà di concezione, ampiezza di studio e qualità professionale come propedeutica ad altri manuali più ampi, dovuti alla firma di più autori e risultanti da cooperazioni inter-universitarie o inter-cattedra.

Rispetto alla manualistica di lingua italiana, successiva al 1945 – ed a quelle prevalenti nelle principali lingue straniere, tutte elencate nella bibliografia generale –, nonché rispetto alle bibliografie settoriali collocate in fondo a ciascuno dei sedici capitoli, la concezione teorica risulta marcatamente "classica". Essa, infatti, non indulge né ad eccessi dottrinali e, tanto meno, ad eccessive esibizioni della prassi, anche se ovviamente tiene in conto ambedue. Resta, viceversa, saldamente ancorata ai principi tradizionali della disciplina, sviluppati ed illustrati con prevalente riferimento alla prassi normativa europea. Tali sono i riferimenti agli *status* soggettivi dei soggetti internazionali, alle fonti del diritto internazionale derivanti da accordo, al diritto comunitario europeo, agli organi di soluzione delle controversie internazionali, tra cui la Corte di giustizia comunitaria, alla protezione internazionale dell'individuo nel contesto europeo, ecc. Siffatti ampi sviluppi sono perfettamente inquadrati nelle premesse generali dell'opera concernenti i caratteri della Comunità internazionale come luogo privilegiato di relazioni intersoggettive tra enti territoriali. Accanto ad essi l'A. colloca gli enti non territoriali o funzionali, comunque legati all'opera dei soggetti statali o che partecipano occasionalmente alla vita di relazioni internazionali (pp. 9-35). Ne risulta una visione aliena da pregiudizi circa un preteso carattere "verticistico" delle organizzazioni internazionali ed europee ed una marcata indifferenza ad un universalismo immanente od implicito nella Comunità internazionale. Viceversa, l'attenzione dell'A. polarizza verso lo studio della Comunità internazionale come luogo di vita di relazioni e come manifestazione di attitudini a rapporti intersoggettivi, la cui frequenza per intensità diventa, così, altissima nel contesto euro-comunitario europeo.

Complessivamente valutata l'opera in oggetto si collega alla manualistica italiana esistente, e più particolarmente al "classico" manuale del Conforti, presentandosi, sotto più profili, come protagonista di un meritorio sforzo di apertura alle dottrine internazionalistiche straniere di allargamento del campo di indagine e di meritorio aggiornamento così attento e puntuale da pervenire fino agli ultimi ed anzi ultimissimi dati della prassi internazionalmente rilevante. In tale generale contesto, l'inclusione di parti espressamente dedicate

alla trattazione del diritto euro-comunitario, in una prospettiva euro-internazionalistica, nonché nelle sue ricadute euro-nazionali all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, appare particolarmente meritevole di sicura attenzione da parte degli utenti interni ed esterni al mondo universitario. Per cui dall'incontro tra manuali di cattedra, messi a confronto con le esigenze della didattica universitaria e con le più raffinate esigenze degli operatori di settore, è da immaginare una sicura prospettiva di successo e di favorevole accoglimento per un'opera caratterizzata da tanta serietà e da straordinario impegno scientifico.

Massimo Panebianco

Augusto Sinagra, *Diritto e giustizia. Ragione e sentimento - Scritti giuridici e politici (1985- 2004)*, Aracne, Roma, 2004, pp. 477, € 20,00

Stante la varietà degli argomenti trattati dall'A. nel volume in oggetto, e in considerazione della personalità dell'A., la prima difficoltà che si ha nell'affrontare il volume (e la scelta del termine "affrontare" non è casuale) consiste nel fatto che il lettore – stimolato dalla graffiante e talvolta sinanche fastidiosa sincerità di Sinagra – si trova dinanzi all'iniziale dilemma se continuare o meno nella lettura del volume.

L'A., infatti, antitetico ad ogni genere di irreggimentazione e refrattario ad ogni tentativo di inquadramento vuoi politico e vuoi giuridico, affronta da un canto, con rara conoscenza dei fatti, argomenti scomodi che si è sempre cercato di relegare nel dimenticatoio e, d'altro canto, argomenti meno scomodi, anzi piuttosto in voga ma da un punto di vista differente: dal punto di vista di quello che non ci sta ad adeguarsi alla "vulgata" corrente pur di captare benevolenza e consensi spiccioli e che, a costo di alienarsi la simpatia della "comunità scientifica", non rinuncia, con la veemenza argomentativa che gli è propria, a dire la sua.

La visione disincantata e al contempo appassionata dell'A. offre al lettore una visione diversa, se non necessariamente giusta, sicuramente obiettiva e onesta sull'Unione europea e sui diritti umani, oltre che su argomenti usati e abusati come gli interventi "umanitari" o guerre "preventive", del tutto sconosciuti fino a qualche tempo fa al diritto internazionale primario, consuetudinario e pattizio.

Il volume, come già il titolo indica, è una raccolta di scritti che, se pur concepiti nell'arco di un ventennio, se pur differenti nei contenuti e negli argomenti, risultano tuttavia legati fra di loro da un unico filo conduttore: la coerenza ad un'idea, anzi ad un ideale di ricerca continua della verità e di ribellione verso ogni tentativo di mistificazione e di contrabbando della verità.

L'A., ad esempio, affronta il tema dei diritti umani ponendosi al di fuori di qualsivoglia melensa adesione alla vulgata corrente che facendo dei diritti umani uno strumento di propaganda politica, ne svilisce la portata e la valenza sociale. E con il tratto tipico del fine giurista, ne proclama la vittoria sostanziale sull'idea o, sul suo apparente uso, che troppo spesso viene abusivamente e semplicisticamente fatto in certi ambienti pseudo "perbene".

In altri termini, la semplice idea del rispetto dei diritti umani di cui tanto diffusamente si parla e che sembra aver acquisito una specie di statuto ufficiale e obbligatorio nelle relazioni internazionali, diviene nella esposizione dell'A. una contrapposizione di un'idea, anzi, di un ideale di diritti umani che tenga conto delle specificità culturali, religiose e storiche dei Popoli e un auspicio che essi possano raggiungere un sistema effettivo di protezione, al di là di qualsivoglia semplice enunciazione di natura statutaria o convenzionale.

Il volume, che non è un manuale di diritto e né un saggio politico, ma abbraccia contemporaneamente entrambe le categorie, si presenta come utile strumento di conoscenza e di approfondimento del diritto oltre che come strumento di meditazione su temi scomodi, fastidiosi: si pensi alla parte relativa alla Repubblica Turca di Cipro del Nord ed ancora alla parte relativa ai diritti e alle libertà fondamentali nel pensiero e nell'azione politica del grande Presidente Mustafà Kemal Atatürk, presentato, a ragion veduta, come un antesignano della proclamazione dei diritti e delle libertà fondamentali, senza alcun timore di apparire un personaggio scomodo (come di fatto l'A. è).

L'A., che tuttavia non dimentica di essere un giurista, non trascura di affrontare il tema relativo alla Unione europea e, in particolar modo, alla cosiddetta "Costituzione" dell'Unione europea. E anche in questo caso l'A. assume un atteggiamento del tutto originale, inteso il termine nel senso di un qualcosa che non si ispira a modelli o concetti altrui, e offre una visione che se pur ad una superficiale lettura potrebbe sembrare di netta contrarietà o, per usare un termine alla moda, di "euroscetticismo", mostra al contrario una visione solitamente obiettiva della Unione europea e della sua sostanza giuridica.

Di particolare interesse appaiono le pagine dedicate alla asserita personalità giuridica dell'Unione europea e al presunto carattere della *sovranazionalità* della stessa, negato con veemenza dall'A., il quale argomentativamente motivando con ineccepibile puntualità e lucidità, offre della Unione europea la visione più obiettiva e aderente alla realtà, quella cioè di una Organizzazione internazionale del tutto priva dei caratteri tipici degli enti dotati della sovranità politica e della personalità giuridica internazionale, quale è quella degli Stati.

Testimonianza di un antico dolore sono, poi, le pagine dedicate ai territori attualmente occupati dalla Slovenia e dalla Croazia dell'Istria, di Fiume e della Dalmazia: pagine intrise di sentimento ma anche di un profondo senso di giustizia.

La lettura del libro, che per la complessità degli argomenti trattati incontrerà il favore di molti ma anche le critiche di interessati detrattori (tali non tanto e non soltanto per il fatto della mancata condivisione delle tesi affrontate dall'A., quanto per il modo schietto e sincero con cui l'A. tratta i detti argomenti), è sicuramente ricca di insegnamenti e di moniti, uno in particolare: l'indomito e irrinunciabile perseguimento di un'idea, anzi, di un ideale.

Anna Lucia Valvo

Alberto Venezia, *Gli strumenti contrattuali per le reti di vendita*, Ipsoa, Assago, 2004, pp. 430, € 49,00

Il libro, che qui si recensisce, costituisce una esauriente guida pratica per la scelta, la disciplina e la regolamentazione dei contratti utilizzati per la creazione di una rete di vendita e per la soluzione dei problemi giuridici legati alla nascita, sviluppo e gestione delle reti di vendita e distribuzione sul mercato italiano.

L'opera prende in esame quattro dei principali contratti utilizzati nelle reti di vendita e più precisamente: l'agenzia, il *franchising*, la concessione di vendita ed il procacciamento d'affari.

Di particolare interesse è il commento approfondito della nuova legge italiana, del maggio 2004, in tema di *franchising* (affiliazione commerciale).

Costituiscono, inoltre, oggetto di puntuale disamina tre clausole tipiche dei contratti di distribuzione e più precisamente l'esclusiva, il patto di non concorrenza e la clausola penale, alle quali è dedicata la parte terza.

Il libro è suddiviso in cinque parti: la prima analizza le varie formule contrattuali in funzione del differente livello di collaborazione e integrazione tra produttore/fornitore e rete di vendita. La seconda tratta dei quattro principali contratti utilizzati nella distribuzione di prodotti e servizi: il contratto d'agenzia; il contratto di concessione di vendita; il procacciamento d'affari; il *franchising*.

Per ciascuno dei contratti è stato elaborato un «contratto tipo» ed una sintesi dei principali orientamenti giurisprudenziali.

Nella terza parte vengono esaminate con particolare attenzione la clausola di esclusiva, la clausola penale ed il patto di non concorrenza, sia durante che dopo la cessione dei contratti. La quarta parte è dedicata alla cessazione del contratto, con particolare riferimento al recesso, alla risoluzione ed alle clausole risolutive espresse.

Il nuovo approccio della Commissione in tema di concorrenza ed il regolamento n. 2790/99 sugli accordi verticali costituiscono il tema della parte quinta.

Ciascun capitolo è corredato da una sezione che raccoglie bibliografia, norme di riferimento, modelli contrattuali e la pertinente giurisprudenza.

Completa l'opera un CD-ROM dove sono contenuti: modelli dei contratti e delle singole clausole esaminate, con la possibilità per il lettore di personalizzarli, creando così uno strumento contrattuale su misura in base alle proprie esigenze; una rassegna di giurisprudenza ampia e ragionata, che comprende i testi integrali delle sentenze più significative, che completa ed integra la sintesi contenuta al termine di ciascun capitolo; una notevole quantità di materiali normativi e regolamentari (accordi economici collettivi, disposizioni di legge e regolamenti comunitari) che consente di esaminare in profondità qualsiasi questione connessa ai contratti esaminati.

Il testo, di vocazione pratica, ma con una solida base teorica ed un rigoroso approccio di carattere sistematico, si inserisce nell'ampio panorama dottrinale dedicato ai contratti di distribuzione, fornendo sia ad operatori del diritto che a responsabili operativi un utile strumento per l'approfondimento del complesso panorama economico-normativo connesso alle reti di distribuzione.

P.R.

